

Vol. 15

N.º 1/2 2014

ISSN 1982-6982

Revista Jurídica

Ministério Público do Estado do Amazonas

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

**Revista Jurídica do Ministério Público
do Estado do Amazonas**

ISSN 1982-6982



Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas

RJMPAM	Manaus	v. 15	n. 1/2	2014	jan./dez.	p. 1 à 355
--------	--------	-------	--------	------	-----------	------------

©2015 Ministério Público do Estado do Amazonas

Coordenadora-Geral: Wandete de Oliveira Netto

Comissão Editorial: Aguielo Balbi Júnior, Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza, Francisco de Assis Aires Argüelles e João Gaspar Rodrigues

Secretária: Fernanda Priscilla Pereira da Silva

Revisão e normalização: Lourinéia Reis de Sant'Anna, Sílvia Vasconcelos dos Santos Alvarenga e Wanderléia Lima da Silva.

Diagramação: Hirailton Gomes do Nascimento

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas./Publicação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. v. 15, n.1/2, (jan./dez. 2014). Manaus: PGJ/CEAF, 2015.

355p.

Semestral

ISSN 1982-6982

Continuação de: Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas (2000-2005) – ISSN 1697-6233.

O novo título mantém a sequência numérica do título anterior.

1. Direito- Periódicos. 2. Ministério Público I. Título

CDU 34 (05)

CDDir 340.05

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

2015

Procuradoria-Geral de Justiça

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF

Avenida Coronel Teixeira, n. 7995 – Nova Esperança

CEP: 69037-473 Manaus – AM

Fone: (92) 3655-0753/3655-0754/3655-0755

www.mpam.mp.br

ceaf@mpam.mp.br



Ministério Público do Estado do Amazonas
Procuradoria-Geral de Justiça

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

Carlos Fábio Braga Monteiro

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS JURÍDICOS E INSTITUCIONAIS**

Pedro Bezerra Filho

**SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
PARA ASSUNTOS ADMINISTRATIVOS**

Jefferson Neves de Carvalho

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

José Roque Nunes Marques

OUVIDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Flávio Ferreira Lopes

SECRETÁRIA-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Leda Mara Nascimento Albuquerque

**CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E
APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL**

Wandete de Oliveira Netto

MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA: José Jorge Souza de Carvalho - Leôncio Salignac e Souza - Amadeu Soares Botelho - Elphego Jorge de Souza - José Augusto Teles de Borborema - Adriano Alves de Queiroz - Domingos Alves Pereira de Queiroz - Vicente de Mendonça Júnior - Geraldo de Macedo Pinheiro - João Ricardo de Araújo Lima - Newton de Menezes Vieiralves - José Catanhede de Mattos Filho - David Alves de Mello - Mário Jorge do Couto Lopes - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - João dos Santos Pereira Braga - Moacir de Souza Alves - Adalberto Andrade de Menezes - Aderson Pereira Dutra - Pedro da Silva Costa - Gebes de Mello Medeiros - Aguielo Balbi - Orlando dos Santos Santiago - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Evandro Paes de Farias - Mauro Luiz Campbell Marques - Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Otávio de Souza Gomes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - Carlos Fábio Braga Monteiro.

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Alberto Nunes Lopes - Antonina Maria de Castro do Couto Valle - Carlos Antônio Ferreira Coelho - Carlos Lélío Lauria Ferreira - Evandro Paes de Farias - Flávio Ferreira Lopes - Francisco das Chagas Santiago da Cruz - José Hamilton Saraiva dos Santos - José Roque Nunes Marques - Jussara Maria Pordeus e Silva - Maria José da Silva Nazaré - Maria José Silva de Aquino - Mauro Roberto Veras Bezerra - Nicolau Libório dos Santos Filho - Noeme Tobias de Souza - Pedro Bezerra Filho - Públio Caio Bessa Cyrino - Rita Augusta de Vasconcellos Dias - Sandra Cal Oliveira - Silvana Maria Mendonça Pinto dos Santos - Suzete Maria dos Santos.

PROCURADORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguielo Balbi - Ana Maria Duarte Esteves - Antonio Guedes da Silva - Aristarcho de Araújo Jorge de Mello - Áurea Márcia Bittencourt Karan - Carlos Alberto Barbosa da Silva - Cristóvão de Albuquerque Alencar Filho - Edilson dos Santos Oliveira - Fernando Florêncio da Silva - Flávio de Azevedo Tribuzy - Francisco Assis Nogueira - Frederico Monteiro Barroso - Jaime Tourinho Fernandez - José Maria Lopes - Luiz Félix Conceição Santos - Lupercino de Sá Nogueira Filho - Maria Helena Antonio Monassa Abinader - Merita Azulay Cardoso Soares - Mithridates Corrêa Filho - Orlando dos Santos Santiago - Pedro

da Silva Costa - Salvador Conte - Telma Martins Maciel - Vicente Augusto Cruz Oliveira - Yano René Pinheiro Monteiro.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA FINAL:

Adelton Albuquerque Matos - Aguielo Balbi Júnior - Alberto Rodrigues do Nascimento Júnior - Ana Cláudia Abboud Daou - Anabel Vitória Pereira Mendonça de Souza - Antônio José Mancilha - Carlos Fábio Braga Monteiro - Carlos José Alves de Araújo - Cláudia Maria Raposo da Câmara Coelho - Cleucy Maria de Souza - Cley Barbosa Martins - Darlan Benevides de Queiroz - Davi Santana da Câmara - David Evandro Costa Carramanho - Delisa Olívia Vieiralves Ferreira - Edgard Maia de Albuquerque Rocha - Edilson Queiroz Martins - Edinaldo Aquino Medeiros - Edna Lima de Souza - Elvys de Paula Freitas - Evandro da Silva Isolino - Francilene Barroso da Silva - Francisco de Assis Aires Argüelles - Francisco Lázaro de Moraes Campos - Géber Mafra Rocha - Guiomar Felícia dos Santos Castro - Izabel Christina Chrisóstomo - Jefferson Neves de Carvalho - João de Holanda Farias - João Gaspar Rodrigues - Jorge Alberto Gomes Damasceno - Jorge Alberto Veloso Pereira - Jorge Michel Ayres Martins - Jorge Wilson Lopes Cavalcante - José Bernardo Ferreira Júnior - Karla Fregapani Leite - Kátia Maria Araújo de Oliveira - Lauro Tavares da Silva - Leda Mara Nascimento Albuquerque - Liani Mônica Guedes de Freitas Rodrigues - Lílian Maria Pires Stone - Lincoln Alencar Queiroz - Luciana Toledo Martinho - Lucíola Honório de Valois Coêlho da Silva - Luissandra Chíxaro de Menezes - Mara Nóbria Albuquerque da Cunha - Marcelo Pinto Ribeiro - Marco Aurélio Lisciotto - Maria Cristina Vieira da Rocha - Maria da Conceição Silva Santiago - Maria das Graças Gaspar de Melo - Maria Eunice Lopes de Lucena Bittencourt - Maria Piedade Queiroz Nogueira Belasque - Mário Ypiranga Monteiro Neto - Marlene Franco da Silva - Marlinda Maria Cunha Dutra - Mirtil Fernandes do Vale - Neyde Regina Demósthene Trindade - Nilda Silva de Sousa - Otávio de Souza Gomes - Paulo Stélio Sabbá Guimarães - Raimundo do Nascimento Oliveira - Renilce Helen Queiroz de Sousa - Rogeanne Oliveira Gomes da Silva - Rogério Marques Santos - Ronaldo Andrade - Ruy Malveira Guimarães - Sandra Maria Cabral Miranda Barros Ramalho - Sarah Pirangy de Souza - Sheila Andrade dos Santos - Sheyla Dantas Frota de Carvalho - Silvana Nobre de Lima Cabral - Silvana Ramos Cavalcanti - Sílvia Abdala Tuma - Simone Braga Lunière da Costa - Solange da Silva Guedes Moura - Tereza Cristina Coêlho da Silva - Vânia Maria do Perpétuo Socorro Marques Marinho - Vicente Augusto Borges Oliveira - Walber Luiz Silva do Nascimento - Wandete de Oliveira Netto.

PROMOTORES DE JUSTIÇA DE ENTRÂNCIA INICIAL:

Adriano Alecrim Marinho - Alessandro Samartin Gouveia - Álvaro Granja Pereira de Souza - André Alecrim Marinho - André Lavareda Fonseca - André Luiz Medeiros Figueira - André Virgílio Belota Seffair - Armando Gurgel Maia - Aurely Pereira de Freitas - Carla Santos Guedes Gonzaga - Carlos Firmino Dantas - Carlos Sérgio Edwards de Freitas - Carolina Monteiro Chagas Maia - Christiane Dolzany Araújo - Christiane Rodrigues Brand - Christianne Corrêa Bento da Silva - Clarissa Moraes Brito - Cláudio Sergio Tanajura Sampaio - Daniel Leite Brito - Daniel Silva Chaves Amazonas de Menezes - Eliana Leite Guedes - Elis Helena de Souza Nóbile - Elizandra Leite Guedes de Lira - Flávio Mota Moraes Silveira - George Pestana Vieira - Gerson de Castro Coelho - Hilton Serra Viana - Igor Starling Peixoto - Iranilson de Araújo Ribeiro - Ítalo Klinger Rodrigues do Nascimento - João Ribeiro Guimarães Netto - José Augusto Palheta Taveira Júnior - José Felipe da Cunha Fish - Kepler Antony Neto - Laís Rejane de Carvalho Freitas - Leonardo Abinader Nobre - Leonardo Tupinambá do Valle - Luiz Alberto Dantas de Vasconcelos - Luiz do Rego Lobão Filho - Marcelo Augusto Silva de Almeida - Marcelo de Salles Martins - Márcia Cristina de Lima Oliveira - Márcio Fernando Nogueira Borges de Campos - Márcio Pereira de Mello - Maria Betusa da Silva Araújo - Paulo Alexander dos Santos Beriba - Reinaldo Alberto Nery de Lima - Renata Cintrão Simões de Oliveira - Roberto Nogueira - Rodrigo Miranda Leão Júnior - Romina Carmem Brito Carvalho - Rômulo de Souza Barbosa - Sarah Clarissa Cruz Leão - Simone Martins Lima - Tânia Maria de Azevedo Feitosa - Válber Diniz da Silva - Vitor Moreira da Fonsêca - Vivaldo Castro de Souza - Yara Rebeca Albuquerque Marinho - Ynna Breves Maia.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS: Marcelle Cristine de Figueiredo Arruda - Sérgio Roberto Martins Verçosa .

PROMOTORES DE JUSTIÇA INATIVOS: Aguinaldo Concy de Souza - Alfredo da Silva Santana - Aloísio Rodrigues de Oliveira - Aluísio Pereira de Lima - Antônio Alves Santana - Antônio Raimundo Barros de Carvalho - Bernardo José Antunes - Cândido Honório Ferreira Filho - Carlos Alberto de Moraes Ramos - Carlos Alberto Loureiro Pinagé - Clodualdo de Souza Pinheiro - Colmar Rabelo de Medeiros - Dário Alves da Cruz - Edilson Freire - Elias de Oliveira Chaves - Felipe Antônio de Carvalho - Fernando Antônio Ferreira Lopes - Flávio Queiroz de Paula - Francisco Gomes da Silva - Francisco José de Menezes - João Florêncio de Menezes - João Valente de Azevedo - Jonas Neto Camêlo - Jones Karrer de Castro

Monteiro - Joquebede de Oliveira Souza - José Bento Cosme - José Herivelto Pereira de Oliveira - Léa Regina Pereira Mattos - Lorena de Verçosa Oliva - Luiz Tadeu Calderoni - Manuel Edmundo Mariano da Silva - Maria Nazareth da Penha Vasques Mota - Maria Neide de Andrade Bezerra - Nicolau Silva de Oliveira - Nilza Rodrigues de Almeida - Paulo Cardoso de Carvalho - Raimundo David Jerônimo - Waldir Rosas dos Santos.

PROMOTORES DE JUSTIÇA SUBSTITUTOS INATIVOS:

José Cruz da Silva - Mário Diogo de Melo.

In memoriam:

PROCURADORES DE JUSTIÇA: Adalberto Ribeiro de Souza - Antonio Alexandre Pereira Trindade - Carlos Alberto Bandeira de Araújo - Gebes de Mello Medeiros - Geraldo de Macedo Pinheiro - Ivan Coelho Cintra - João Bosco Sá Valente - Jorge Abdon Karim - José Agostinho Nunes Balbi - José Ribamar Prazeres Coelho - Luiz Felipe Cordeiro de Verçosa - Manuel Braga dos Santos - Marcus Vinícius Guedes de Lima - Marília Marques de Oliveira - Mário de Mello Bittencourt - Nestor da Costa Ferreira - Orlando Moreira de Souza - Osmar Rodrigues Bento - Pedro de Souza Lira - Raimundo Nonato Coelho - Roberto de Aquino Valle - Silis Campello Moslay - Tabira Rodrigues Fortes.

PROMOTORES DE JUSTIÇA: Afonso Acampora - Altair Ferreira Thury - Amadeu Soares Botelho - América Amorim Antony - Arary Campos C. Lima - Ariosto Lopes Braga - Ary Tapajós Cahn - Blás Torres Filho - Carlos Augusto de Araújo Marques - Cássio de Gouvêa D. Cavalcante - Danilo do Silvan - Eduardo Bentes Guerreiro - Eutichio Haidem Vieira - Fernando B. V. Gonçalves - Francisco Jorge Noronha - Francisco Sá P. Passos - Frederico A. R. da Câmara - Gilberto Ramos da Silva - Giovanni Figliuolo - Hugo Coelho Cintra - Isaac Marcus Pinto - João Batista dos Santos - João Lúcio de Almeida Ferreira - Jessé Soares Ferreira - José de Araújo Mendes - José Lúcio Paiva - Juarez Tavares Bandeira - Lauro Barbosa da Costa - Lúcia Cistina C. Barros - Luiz Cartas Cáffaro - Raphael Barbosa Amorim - Raimundo Carlos Sampaio - Raimundo Andrade Bentes - Renato Ribeiro da Rocha - Roger Oliveira Gama da Silva - Sebastião José M. de Paiva - Sebastião Norões - Teófilo Narciso de Mesquita Neto - Nasser Abraham Nasser Netto.

Sumário

Apresentação 13

DOCTRINA

A aplicação do princípio da proporcionalidade para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais 15

Tibério Celso Gomes dos Santos

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei nº. 11.690, de 9 de junho de 2008 53

Rafael da Silva Menezes; Cristine Cavalcanti Gomes

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa 77

Ivana Mussi Gabriel

Ativismo Judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal 111

Isaac Sabbá Guimarães

Da concepção à implantação do “Projeto Lixo Amigo” na cidade de Novo Airão 143

João Gaspar Rodrigues

Dignidade do bem jurídico penal tributário 181

Yuri de Barros Lourenço

Internacionalização do Direito Penal e os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional 207

Arlindo Severino Teixeira de Oliveira

O direito dos cadeirantes a um ambiente acessível previsto na legislação em vigor aplicada em Manaus 231

Larissa Cristina Alves Rojas

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 261

André Luiz Rocha Pinheiro

Panorama sobre o controle das ações policiais no Brasil.... 285

João Gaspar Rodrigues

Qual a Função do Direito Penal? O crime como lesão da possibilidade de livre disposição de uma relação 313

Felipe Augusto Fonseca Viana

Apresentação

É com imensa satisfação e, sobretudo, compromisso institucional que tenho a honra de apresentar a 15.^a edição da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas à sociedade em geral e, especialmente, às comunidades jurídica e acadêmica.

Como legítimo defensor da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos individuais indisponíveis e dos interesses sociais, em tempos em que a autonomia e a independência do Ministério Público são postas à prova de maneira reiterada, é imprescindível que a Instituição Ministerial busque uma aproximação cada vez maior com a destinatária primeira de seus serviços: a Sociedade. Os principais resultados dessa sintonia serão, indubitavelmente, a legitimação institucional e, conseqüentemente, a legitimação dos princípios institucionais que regem este indispensável órgão de defesa dos interesses sociais e do ordenamento jurídico vigente.

Nesse contexto, somados à valorização do conhecimento e à busca pelo aprimoramento profissional de todo o corpo técnico, tanto Membros quanto Servidores, os periódicos institucionais têm papel fundamental na busca de tais objetivos.

Essa busca pode ser traduzida no esforço institucional de incentivo à produção e à divulgação de conhecimento técnico-científico por meio da publicação de trabalhos científicos jurídicos, sejam artigos doutrinários, pareceres jurídicos ou jurisprudências, na Revista Jurídica do Ministério Público do Amazonas, que ora vos apresento.

Desejo que a materialização desse periódico, mais do que um espaço privilegiado para o estabelecimento da reflexão multidisciplinar, possa contribuir com o aprimoramento dos

debates engrandecedores, no campo jurídico, com reflexos na luta diária que travamos por uma sociedade isonômica, justa e fraterna.

Carlos Fábio Braga Monteiro
Procurador-Geral de Justiça do Amazonas

A aplicação do princípio da proporcionalidade para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais

*Tibério Celso Gomes dos Santos**

Sumário: 1 Introdução. 2 Do princípio da proporcionalidade. 2.1.1 Formação histórica. 2.1.2 Fundamento e finalidade. 3 Proporcionalidade *versus* razoabilidade. 4 Os subprincípios do princípio da proporcionalidade. 4.1 Adequação. 4.2 Exigibilidade/necessidade. 4.3 Proporcionalidade *stricto sensu*. 5 Exemplos jurisprudenciais de utilização do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos envolvendo os direitos fundamentais. 6 Conclusão. Referências

Resumo: O presente artigo apresenta como temática principal colher os principais elementos de natureza histórica, filosófica e jurídica presentes para a formatação do conceito atual de princípio da proporcionalidade, de modo a colher elementos para a inteligência adequada de sua utilização como técnica para solução de conflitos entre direitos fundamentais. Revela-se importante tal estudo na medida que se observa uma forte tendência de multiplicação de demandas judiciais a desafiar a aplicação dos mecanismos de tutela dos direitos fundamentais. Neste contexto, poderá ser analisado neste trabalho através da utilização de metodologia descritiva e exploratória como o somatório evolutivo dos fundamentos históricos, filosóficos e jurídicos do princípio da proporcionalidade conduziu-o ao atual patamar de técnica para solução de conflitos entre direitos fundamentais.

* Procurador-Chefe da Fazenda Nacional no Estado do Amazonas. Diretor Estadual no Amazonas do Centro de Altos Estudos da Procuradoria da Fazenda Nacional – 2012/2013. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhaguera/Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Palavras-chave: Princípio da proporcionalidade. Conflitos entre direitos fundamentais.

1 Introdução

Para esta pesquisa, iniciar-se-á com o estudo panorâmico sobre o *princípio da proporcionalidade* através da investigação dos seguintes elementos: formação histórica no Direito europeu continental e no Direito norte-americano, fundamento teórico e normativo, finalidade ou aplicabilidade prática, subprincípios que o compõem, bem como pela averiguação de sua relação com o princípio da razoabilidade, de sorte a possibilitar uma melhor compreensão do que seria este princípio tão discutido no cenário jurídico atual.

Feita análise sobre o princípio da proporcionalidade dentro dos limites delineados como objeto desta pesquisa, seguir-se-á para a investigação do papel deste princípio como técnica de solução em conflitos envolvendo direitos fundamentais, avaliando as possibilidades e limites de sua aplicação por meio de alguns exemplos jurisprudenciais.

2 Do Princípio da proporcionalidade

Nesta primeira parte do estudo efetuar-se-á uma análise do princípio da proporcionalidade em sua contextualização histórica, subprincípios componentes da sua estrutura, paralelo com o princípio da razoabilidade, buscando apontar as semelhanças e as diferenças, a investigação da fundamentação normativa e um estudo sobre as finalidades do princípio, com base na aplicabilidade prática mais destacada dada ao princípio.

2.1.1 Formação histórica

O princípio da proporcionalidade possui suas raízes históricas assentadas na evolução do Estado Absolutista para o Estado Liberal-Burguês. Inspirada pela necessidade de controle do poder monarca sobre os súditos, época em que este exercia seu “poder de polícia” de forma ilimitada, muitas vezes até abusiva, surgia a ideia do princípio da proporcionalidade como mecanismo de controle das investidas do monarca sobre o indivíduo.

Explanando o contexto histórico de desenvolvimento da ideia do princípio da proporcionalidade, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 37) leciona:

Da filosofia ao Direito, o princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, acompanha a história de defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de o poder de coação do monarca, chamado de *poder de polícia*, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar.

Situando, agora, no espaço, a formação histórica do princípio da proporcionalidade, observa-se que suas primeiras aplicações mais significativas ocorreram no Direito Administrativo francês, sob o prisma do controle dos atos administrativos, através do *recours pour excès de pouvoir* (recurso por excesso de poder), instrumento processual adequado para postular-se, perante o Conselho de Estado, a reforma de qualquer decisão administrativa, por violação ao princípio da legalidade ou por desvio de poder, habilitando, assim, os tribunais administrativos a investigar a compatibilidade intrínseca entre os motivos e as finalidades dos atos

discricionários e sua adequação à situação de fato em vista da qual eram editados (BARROS, 2003, p. 42-43).

Uma vez consolidado o princípio da proporcionalidade no Direito Administrativo francês, como mecanismo de controle do “poder de polícia” do monarca no regime absolutista, posteriormente, como instrumento de controle da atividade discricionária da administração estatal, por meio do sopesamento entre os motivos e as finalidades dos atos administrativos no Estado de Direito (teoria do *detournement du pouvoir*), através da jurisdição administrativa realizada pelo Conselho de Estado, este princípio migrou para o direito alemão, sendo alçado ao patamar de princípio constitucional (BARROS, 2003, p. 47).

Paulo Bonavides (2006, p. 407) destaca a importância alemã para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade:

A Alemanha é o país onde o princípio da proporcionalidade deitou raízes mais profundas, tanto na doutrina como na jurisprudência. Talvez seja aquele que primeiro guardou consciência da importância de sua natureza de princípio constitucional nessa segunda metade do século XX, embora a respectiva introdução do Direito Constitucional haja ocorrido primeiro na Suíça.

Como resultado da experiência nacional-socialista alemã derrotada na Segunda Guerra Mundial, baseada no totalitarismo do *Führer Adolf Hitler*, que rompeu a evolução do Estado Social ensaiada na Constituição de *Weimar* de 1919, é promulgada a nova Carta alemã em 23 de maio de 1949, a “Lei Fundamental”, promovendo significativas mudanças no sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Guerra Filho (2003, p. 72) aponta, como os primeiros estudos teóricos dedicados ao tema na Alemanha, a monografia de Rupprecht V. Krauss em 1955 “*Der Grundsatz*

der Verhältnismäßigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)”, sendo o primeiro a utilizar a expressão “princípio da proporcionalidade”. No ano seguinte, aparece o ensaio de Dürig no “Arquivo de Direito Público”, em que defende a inclusão do princípio da proporcionalidade no plano constitucional, apto a ser usado em qualquer medida estatal como proteção à dignidade da pessoa humana.

Ainda no plano doutrinário, Guerra Filho (2003, p. 72-73) menciona a importância de Peter Lerche, que em sua obra “Excesso e Direito Constitucional – sobre a vinculação do legislador pelos princípios da proporcionalidade e exigibilidade” consagra a distinção entre esses dois aspectos do princípio, bem como cita os estudos de Manfred Gentsch, Peter Wittig e Eberhard Grabitz como autores relevantes para o problema do controle da proporcionalidade de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

Chegando ao plano jurisprudencial, Barros (2003, p. 48) ressalta a importância do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) para a afirmação do princípio da proporcionalidade, especialmente como instrumento de controle sobre a atuação estatal em prejuízo dos direitos fundamentais assegurados no artigo 19 da Lei Fundamental de Bonn (*Wesensgehaltsgarantie*).

O referido artigo, n.º 2 da “Lei Fundamental”, instituiu verdadeira cláusula de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Schawabe (2003, p. 420) apresenta compilação do art. 19, n.º 2: “En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental”.

Neste sentido, Suzana de Toledo Barros (2003, p. 48) destaca o papel do Tribunal Constitucional alemão ao utilizar o princípio da proporcionalidade na proteção aos direitos fundamentais:

O Tribunal Constitucional alemão assinalou em larga medida a preocupação com os direitos fundamentais estampada na Lei Fundamental, reconhecendo a necessidade prática de controlar as restrições legais a esses direitos no que se refere aos três aspectos: necessidade (*Erforderlichkeit*), adequação (*Geeignetheit*) e proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) da medida restritiva.

Paulo Bonavides (2006, p. 409), por sua vez, colaciona decisão proferida em 16 de março de 1971, pelo Tribunal Constitucional, versando sobre armazenagem de petróleo (*Erdölbevorratung*), bastante elucidativa para o entendimento da estrutura do princípio da proporcionalidade:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e necessário para alcançar o objetivo procurado. O meio é adequado quando com seu auxílio se pode alcançar o resultado desejado; é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental.

Além das influências francesa e alemã para o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade, destaca-se, também, a Suíça, um dos primeiros países a inserir tal princípio no texto constitucional, Áustria, Itália e Espanha, esta, desde a Lei de Procedimento Administrativo de 17 de junho de 1958, prevê expressamente a necessidade dos atos administrativos serem adequados aos fins que os justifiquem.

Na Constituição espanhola de 1978, pós-queda do regime “franquista”, restou fixado, no artigo 53.1, o caráter vinculante dos direitos fundamentais e o necessário respeito de seu conteúdo essencial pela legislação regulamentadora (BARROS, 2003, p. 53-54). Segundo afirma Bonavides

(2006, p. 418), a Espanha pode ser considerada exemplo de valorização doutrinária e jurisprudencial à adoção do princípio da proporcionalidade como categoria de princípio geral de direito apto ao controle judicial do ato estatal desproporcional, inadequado ou desnecessário.

A Constituição portuguesa de 1976, no art. 18.1, destacou o princípio da proporcionalidade como parâmetro de controle às restrições estatais aos direitos fundamentais, demarcando a “constitucionalização formal do princípio” (BARROS, 2003, p. 55-56).

Encerrando a formação histórica do princípio da proporcionalidade, observa-se que o Brasil, em sua atual realidade jurídico-constitucional, ainda não cuidou de inseri-lo em texto normativo, contudo, tal lacuna não tem obstado seu reconhecimento e aplicação nos meios doutrinário e jurisprudencial. Neste sentido Paulo Bonavides (2006, p. 434) ressalta:

No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional.

[...]

O Direito Constitucional brasileiro acolhe já de maneira copiosa expressões nítidas e especiais de proporcionalidade, isto é, regras de aplicação particularizada ou específica do princípio, a que se refere a Constituição, sem todavia explicitá-lo, como sói ocorrer, por exemplo, com alguns direitos sociais ou no campo do Direito Tributário (§ 1º do art. 149) ou ainda no Direito Eleitoral relativamente à representação proporcional como regra constitucional de composição de uma das Casas do Poder Legislativo (caput do § 1º do art. 45).

Desse modo, permeando a gradativa evolução histórica do princípio em tela em diversos países, como França, Alemanha, Suíça, Espanha e Portugal, até se chegar ao Brasil, contempla-

se o atual momento de consolidação deste princípio no cenário jurídico, revelando-se como verdadeiro axioma constitucional de controle da ação do Estado de Direito, principalmente em suas investidas contra os direitos fundamentais.

2.1.2 Fundamento e finalidade

O princípio da proporcionalidade tem despontado no cenário jurídico atual como um dos mais expressivos para atuar como instrumento de controle da atuação dos órgãos estatais, sendo relevante mecanismo para a proteção dos direitos fundamentais, bem como método de resolução de conflitos entre princípios e direitos constitucionais.

Suzana Toledo de Barros (2003, p. 37) pontua o contexto que fomentou a fundamentação normativa para o surgimento do princípio da proporcionalidade:

O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existem direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

Steinmetz (2001, p. 159-172) faz um levantamento doutrinário dos fundamentos normativos mais comumente atribuídos para o princípio da proporcionalidade, citando, entre eles: *o Estado de Direito, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana, a cláusula do due process of law, a fundamentação jusfundamental e a corrente que adota a pluralidade de fundamentos normativos*, que, em atenção aos limites desta pesquisa, não serão explanados individualmente.

Sendo a estrutura normativa de uma Constituição formada por princípios e regras jurídicas, o princípio da proporcionalidade prescinde de positivação expressa para auferir sua validade em uma ordem jurídica. Explicando a abertura material das Constituições para o reconhecimento de princípios não expressos, Suzana Toledo de Barros (2003, p. 92) explica:

[...] os princípios jurídicos constitucionais, como “idéias jurídicas materiais que lograram uma consciência jurídica geral”, podem já estar escritos no texto da Constituição, como podem estar implícitos. Logo, por um processo de permanente adequação do sentido da Constituição, é natural que alguns princípios vão sendo descobertos e, graças à sua força de convicção, vão se impondo nesta ordem jurídica como aptos a solucionar os casos concretos, qualificando o sistema interno como sistema aberto.

Robert Alexy (2002, p. 111-112) explica os termos em que ocorre a relação entre o princípio da proporcionalidade e a “teoria dos princípios”, mencionando que o princípio da proporcionalidade decorre da própria estrutura das normas principiológicas que consagram direitos fundamentais:

Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización com respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental com carácter de principio entra em colisión com um principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a uma decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de

principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran em colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad em sentido estricto es dedecible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.

Desse modo, a despeito de o princípio da proporcionalidade carecer de expressa previsão na maioria das ordens constitucionais, a abertura material destas Cartas Políticas aos princípios compatíveis com a ordem jurídica adotada, a exemplo do disposto no art. 5º, §2º da Constituição brasileira:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Garante assento normativo ao princípio em exame, legitimando sua possibilidade de aplicação para além do Direito Constitucional e Direito Administrativo, enquanto ramos setoriais da vida jurídica.

Alcançando, agora, a discussão sobre a finalidade do princípio da proporcionalidade no cenário jurídico, cumpre rememorar a sua vocação inicial restrita às questões da limitação da atuação do “poder de polícia” estatal em detrimento das liberdades individuais, ou seja, conforme pôde-se observar na análise da formação histórica do princípio, em um primeiro momento sua aplicação prática circunscrevia-se ao campo do Direito Administrativo.

Ao passo que o princípio em tela foi alçado para o

patamar de princípio constitucional, logo sua expansão logrou atingir outros ramos de aplicação. Guerra Filho (2003, p. 85) demonstra preocupação com a expansão exacerbada do alcance de aplicação do princípio: “[...] cabe desde já tomar em consideração o problema de sua tendência ao que se chama na doutrina alemã de *“Oberdehnung”*, “super-expansão”, para designar um exagero ao empregá-lo, que levaria a um “relaxamento” na aplicação da lei”.

Guerra Filho (2003, p. 85) conclui sugerindo a moderada aplicação do princípio para evitar sua “super-expansão”:

Para prevenir que isso aconteça, nada melhor do que atribuir “reflexidade” ao princípio, de modo que só se possa aplicá-lo mediante um exame da “adequação”, “exigibilidade” e “proporcionalidade” de fazê-lo. Com isso pode-se reservar a utilização dele para o momento oportuno e necessário, quando for essa a providência mais de acordo com a finalidade última do ordenamento jurídico: o maior benefício possível da comunidade com o mínimo sacrifício necessário de seus membros individualmente.

Retomando a discussão sobre as finalidades do princípio, iniciar-se-á pelo papel que tal princípio desempenha na limitação das restrições impostas pelo Legislativo ou pela Administração Pública aos direitos fundamentais. Vale dizer, com a elevação dos direitos fundamentais ao centro de proteção das ordens constitucionais, o princípio da proporcionalidade ganhou destaque como um dos mais eficientes instrumentos de proteção face às excessivas ingerências legislativas e executivas.

Toledo de Barros (2003, p. 95) leciona sobre a finalidade do princípio da proporcionalidade como limite protetivo às ingerências estatais sobre os direitos fundamentais:

O princípio da proporcionalidade, como uma das várias idéias jurídicas fundantes da Constituição, tem assento aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de proteção. Sua aparição se dá a título de garantia especial, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes.

Destarte, sem mais delongas no assunto, em face dos limites desta pesquisa, cumpre avançar para a análise da aplicação do princípio da proporcionalidade como método de resolução de colisões entre princípios constitucionais.

A colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor (BONAVIDES, 2006, p. 279-280). Se uma determinada situação é proibida por um princípio, mas permitida por outro, não há que se falar em nulidade de um princípio pela aplicação do outro. Assim, no caso concreto, em uma “relação de precedência condicionada”, determinado princípio terá maior relevância que o outro, preponderando. Não se pode aceitar que um princípio reconhecido pelo ordenamento constitucional possa ser declarado inválido, porque não aplicável a uma situação específica. Ele apenas retrocede frente ao maior peso, naquele caso, de outro princípio também reconhecido pela Constituição. A solução do conflito entre regras, em síntese, dá-se no plano da validade, enquanto a colisão de princípios constitucionais, no âmbito do valor. Neste sentido, veja-se, também, o que diz Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 1145-1146):

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios

são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação e de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou standards que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). (grifos do autor)

Desse modo, na resolução da colisão entre princípios constitucionais, devem ser levadas em consideração as particularidades que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto (ver Alexy, 2002, p. 112).

Bonavides (2006, p. 425-426), aproveitando os ensinamentos de Konrad Hesse, explica esse processo de

ponderação de interesses no caso concreto para a solução de princípios em colisão com o denominado “princípio da concordância prática”, entendido como uma projeção do princípio da proporcionalidade.

Outra finalidade que se pode atribuir ao princípio da proporcionalidade é a sua importância como instrumento de apreciação das distinções de tratamento entre pessoas em casos concretos, em face do princípio da isonomia, realizando-se a análise do *discrimen* por meio dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido afirma Suzana Toledo de Barros (2003, p.189):

Não há incongruência, portanto, na utilização do princípio da proporcionalidade para o fim de constatar se as distinções de tratamento, frequentemente necessárias em face do resultado perseguido, são ou não compatíveis com a idéia de igualdade, porque a proporcionalidade, como já assentado inúmeras vezes, constitui um parâmetro por excelência e não uma medida em si.

Muito se têm discutido na doutrina questões sobre os limites de aplicação do princípio da proporcionalidade, tais como o excesso de “ativismo judicial”, a insegurança jurídica, a quebra da separação entre Poderes, bem como a impossibilidade do princípio contribuir como método de interpretação conforme a Constituição e no controle de constitucionalidade de atos normativos. Para afastar tais desconfianças sobre o princípio, é necessária sua aplicação comedida, de sorte a conformar tal princípio aos referidos fundamentos da ordem jurídica.

Refutando exagerado ceticismo ao princípio, Paulo Bonavides (2006, p.427) exemplifica os benefícios com a correta utilização do princípio no caso da aplicação do princípio da proporcionalidade na interpretação conforme a Constituição:

O princípio da proporcionalidade, abraçado assim ao princípio da interpretação conforme a Constituição, move-se, pois em direção contrária a esse entendimento e, ao invés de deprimir a missão do legislador ou a sua obra normativa, busca jurisprudencialmente fortalecê-la, porquanto na apreciação de uma inconstitucionalidade o aplicador da lei, adotando aquela posição hermenêutica, tudo faz para preservar a validade do conteúdo volitivo posto na regra normativa pelo seu respectivo autor.

Em suma, fundado nas ordens jurídicas nacionais sob o patamar de princípio constitucional, em sua maioria na forma implícita, o princípio da proporcionalidade vem ganhando gradativamente espaço de aplicação, evoluindo da sua vocação estrita ao controle do “poder de polícia” da administração, para funcionar nas limitações à atividade legislativa restritiva de direitos fundamentais, como método de resolução de conflitos entre princípios e direitos fundamentais, bem como ganhando expansão para outros ramos jurídicos. Precisamente na seara do Direito Privado, analisando-se mais à frente sua aplicação nos conflitos entre direitos da personalidade.

3 Proporcionalidade *versus* razoabilidade

O princípio da razoabilidade retira suas origens históricas na consolidação da garantia do *due process of law* do antigo direito anglo-saxão. Sob o fundamento da cláusula *law of the land*, constante no artigo 39 da *Magna Charta*, de 1215, foi aberto o caminho para o desenvolvimento desta garantia, culminando na sua “constitucionalização formal” através das emendas 5^a e 14 à Constituição norte-americana (BARROSO, 2003, p. 218).

A jurisprudência norte-americana cuidou desenvolver o princípio do devido processo legal, notabilizando-se esta evolução em duas grandes fases. Assim, afirma Luís Roberto Barroso (2003, p. 219):

O princípio do devido processo legal, nos Estados Unidos, é marcado por duas grandes fases: a primeira, onde se revestiu de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), que se tornou fundamento de um criativo exercício de jurisdição constitucional.

Em atenção aos limites delineados para esta pesquisa, cumpre analisar que embora a referida primeira fase da garantia ainda perdure, circunscreve-se ao âmbito estritamente processual, a exemplo de garantias como contraditório e ampla defesa. Com esteio nesta fase, não se vislumbra qualquer possibilidade de “ativismo judicial” a permitir ao Judiciário ingerir no controle do arbítrio de atos do legislativo (BARROSO, 2003, p. 219).

Assim, somente a fase substantiva do devido processo legal é que realmente impulsionou a ascensão de um maior espaço de apreciação do Poder Judiciário sob o mérito dos atos do Poder Público, principalmente em defesa das liberdades individuais e coletivas, contribuindo significativamente para a formação da ideia de razoabilidade como parâmetro de valoração dos atos estatais, que devem coadunar-se com o ideal de justiça sob uma relação razoável entre meios e fins, e de legitimidade dos fins.

O princípio da razoabilidade, retirando suas raízes do devido processo legal substantivo, como visto, logrou consolidar-se na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, concomitantemente ao desenvolvimento obtido pelo princípio da proporcionalidade nos cenários doutrinário e jurisprudencial da Europa continental.

Significativa parcela da doutrina atual utiliza as expressões proporcionalidade e razoabilidade como integrantes de um mesmo conteúdo principiológico, baseado na idéia de controle dos atos do Poder Público. O exemplo é de Luís Roberto Barroso (2003, p. 224):

De logo é conveniente ressaltar que a doutrina e a jurisprudência, assim na Europa continental como no Brasil, costumam fazer referência, igualmente, ao princípio da *proporcionalidade*, conceito que em linhas gerais mantém uma relação de fungibilidade com o princípio da razoabilidade.

No âmbito da jurisprudência nacional, o Supremo Tribunal Federal – STF, em vários de seus julgados, tem utilizado indistintamente os dois princípios, consolidando seu posicionamento pela fungibilidade dos princípios. Neste sentido, conclui Suzana Toledo de Barros (2003, p. 76):

Observa-se que o Supremo Tribunal Federal, mesmo aludindo ao termo proporcionalidade, não deixou de fazer referência à razoabilidade, deixando assente a possibilidade de utilização de ambas as expressões.

Guerra Filho (2003, p. 69) ensaia uma aproximação dos conteúdos da racionalidade e proporcionalidade com base na significação sinônima dos vocábulos de semelhante origem na matemática, “razão” (latim: *ratio*) e “proporção” (do latim: *proportio*).

Contudo Guerra Filho (2003, p. 69) alerta para a necessária distinção entre os princípios, sob pena do esvaziamento de ambos. Entende, o autor, que enquanto o princípio da razoabilidade se restringe à concepção negativista, capaz somente de definir determinado ato administrativo como

desviado de sua finalidade quando absurdo ou arbitrário, a proporcionalidade teria função positiva de definir os limites da adequação do ato ao princípio.

Wilson Antônio Steinmetz (2001, p. 183-192) faz um levantamento doutrinário sobre as correntes que sustentam as semelhanças e diferenças entre os princípios em análise, destacando, por exemplo, a dificuldade de se definir traços distintivos sólidos aos princípios com base na literatura administrativa pátria. O autor conclui seu raciocínio sobre tais princípios do seguinte modo:

O que se quer dizer, isso sim, é que o princípio da razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional, o que pode ser constatado, de forma cristalina, na literatura publicista brasileira. Já o princípio da proporcionalidade apresenta indicadores de concreção mediante os princípios parciais da adequação, da exigibilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Por isso, com base nesses argumentos, desenvolvidos a partir das formulações sobre o *razoável* de Recaséns Siches, Perelman e Aarnio, e nos argumentos de Ávila, conclui-se que o princípio da proporcionalidade não se confunde com o da razoabilidade e que o princípio da proporcionalidade é o princípio apropriado para a solução da colisão de direitos fundamentais.

Helenilson da Cunha Pontes (2000, p. 89-90), por sua vez, destacando a diferença nos conteúdos dos princípios em comento assinala:

Todavia, a proporcionalidade não se esgota na razoabilidade. Em outras palavras, a decisão jurídica que atende aos comandos do princípio da proporcionalidade manifesta razoabilidade, mas não se esgota nela. Com efeito, o ato estatal que atende às exigências do princípio da proporcionalidade apresenta-se razoável e racional,

todavia nem sempre um ato razoável (racionalmente aceitável) atende aos deveres impostos pelo princípio constitucional da proporcionalidade.

[...]

Portanto, enquanto a razoabilidade exige que as medidas estatais sejam racionalmente aceitáveis e não arbitrárias, o princípio da proporcionalidade determina que as mesmas, além de preencherem tal requisito, constituam instrumentos de maximização dos comandos constitucionais, mediante a menor limitação possível aos bens juridicamente protegidos.

Desse modo, cumpre considerar a existência de pontos de contato entre os substratos axiológicos dos princípios, assentados na ideia de controle dos atos estatais em função da proteção de valores constitucionais, bem como observar o posicionamento de parte da doutrina e até do Supremo Tribunal Federal em tratá-los como expressões sinônimas de um mesmo princípio.

Contudo, convém registrar o acerto de Braga (2004, p. 123-127) ao sintetizar tal distinção com os seguintes pontos: o primeiro parâmetro para a diferenciação entre os princípios da razoabilidade e proporcionalidade seria a diversidade na origem, respectivamente, oriundos do *substantive due process of law* da jurisprudência norte-americana e do Tribunal Constitucional Alemão; o segundo seria a diversidade de fundamentos, devido processo legal e Estado de Direito, respectivamente; o terceiro seria a autonomia de conteúdos; o quarto seria a atribuição de subprincípios apenas ao princípio da proporcionalidade; o quinto parâmetro seria o nível de objetividade, sendo a proporcionalidade formada por critérios predefinidos, enquanto a razoabilidade possui conteúdo mais subjetivo; o sexto, e último ponto, seria a diversidade nas funções dos princípios.

4 Os subprincípios do princípio da proporcionalidade

O desenvolvimento doutrinário dado ao princípio da proporcionalidade identificou três *elementos parciais* ou *subprincípios* componentes de sua estrutura, quais sejam, *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. De modo que mediante a análise sucessiva de cada um desses elementos parciais no caso concreto é que se poderá averiguar se a medida examinada observou o princípio da proporcionalidade.

4.1 Adequação

O primeiro dos subprincípios imaginado como parte do princípio da proporcionalidade é a *adequação, pertinência ou aptidão (Geeignetheit)*, entendido pelo dever de escolha do meio apropriado para a consecução de determinado fim, representando a aptidão que os meios utilizados devem possuir para produzir os objetivos almejados no caso concreto.

Paulo Bonavides (2006, p. 396-397), analisando este subprincípio, tece comparação com o princípio da vedação de arbítrio:

Examina-se aí a adequação, a conformidade ou a validade do fim. Logo se percebe que esse princípio confina ou até mesmo se confunde com o da vedação de arbítrio (*Übermassverbot*), que alguns com o mesmo significado de princípio geral da proporcionalidade. Com o desígnio de adequar o meio ao fim que se intenta alcançar, faz-se mister, portanto, que “a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido”, ou, segundo Hans Huber, que mediante seu auxílio se possa alcançar o fim desejado.

Verifica-se, então, que o subprincípio da adequação sedimenta-se basicamente na avaliação da relação meio-fim, de sorte que os meios empregados serão examinados quanto à sua aptidão para atingir os objetivos buscados no caso concreto. Segundo Suzana Toledo de Barros (2003, p. 78), a adequação deverá ser a primeira análise verificada em relação ao princípio da proporcionalidade:

Um juízo de adequação da medida adotada para alcançar o fim proposto deve ser o primeiro a ser considerado na verificação da observância do princípio da proporcionalidade. O controle intrínseco da legislação no que respeita à congruência na relação meio-fim restringe-se à seguinte indagação: o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido?

Vale destacar que a perquirição acerca de se os meios utilizados são adequados para a produção dos resultados almejados se restringe a um questionamento prévio da probabilidade de se obter, com as medidas que serão empregadas, os fins objetivados, relação esta de meio e fim, de viabilidade que não deve ser confundida com a questão da eficácia dos meios face aos fins.

Assim, Suzana Toledo de Barros (2003, p. 78) explana:

Isto quer dizer que, sob a perspectiva da adequação, resta excluída qualquer consideração no tocante ao grau de eficácia dos meios tidos como aptos a alcançar o fim desejado. A questão sobre a escolha do meio melhor, menos gravoso ao cidadão, já entra na órbita do princípio da necessidade.

Desse modo, seja no campo de atuação legislativa ou administrativa, as medidas tomadas devem guardar relação

de adequação aos fins almejados, de sorte que os meios empregados se mostrem viáveis para a produção dos efeitos esperados no caso concreto, sendo assim atendido o primeiro subprincípio do princípio da proporcionalidade.

4.2 Exigibilidade/necessidade

O segundo subprincípio visualizado no princípio da proporcionalidade é a *exigibilidade ou necessidade (Erforderlichkeit)*; por este elemento parcial a medida adotada não poderá exceder os limites do indispensável para a obtenção dos fins almejados, não podendo, assim, provocar gravame maior do que o estritamente necessário para o implemento do fim legítimo que se busca.

Luís Roberto Barroso (2003, p. 228) assim leciona o subprincípio da necessidade ou exigibilidade:

Conhecido também, como princípio da menor ingerência possível, consiste ele no imperativo de que os meios utilizados para o atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição do excesso. Uma lei será inconstitucional, por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente, a existência de outras medidas menos lesivas.

A ideia da necessidade ou exigibilidade como subprincípio da proporcionalidade está fulcrada no imperativo de que no momento da eleição de uma medida no caso concreto deve recorrer-se à medida mais suave, ou menos gravosa, de sorte a alcançar o fim almejado provocando o mínimo de prejuízo e restrições possíveis.

Analisando o subprincípio da necessidade sob plano diverso, ou em sentido negativo, Suzana Toledo de Barros (2003, p. 82) leciona:

Na consideração de que uma medida é inexigível ou desnecessária, e que, por isso, fere o *princípio da proporcionalidade*, é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou melhor resultado – *meio mais idôneo*.

O mero atingimento do fim inicialmente visado não é, por si só, suficiente para a legitimação da medida adotada excessivamente onerosa, que imponha gravame maior do que outros meios à disposição, devendo o Poder Judiciário, no exame concreto, apreciar a possibilidade de utilização de meios menos lesivos ou mais suaves para o mesmo fim, sob fundamento da afronta ao princípio da proporcionalidade.

No intuito de aprofundar o controle da exigibilidade/necessidade, Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 270) desenvolve os quatro âmbitos deste subprincípio:

O princípio da exigibilidade, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. Dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal*

pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados. (grifos do autor)

É neste contexto de busca do meio menos interventivo que o subprincípio da necessidade se desenvolveu, será proporcional aquela medida que provoque restrições apenas no limite do exigível, bem como seja a menos gravosa dentre outras aptas ao cumprimento do fim visado.

4.3 Proporcionalidade *stricto sensu*

O terceiro elemento parcial a compor o princípio da proporcionalidade na verdade pode ser visto como uma terceira dimensão para a concretização deste princípio, haja vista que vem em complementariedade aos dois subprincípios referidos, na busca da aferição da proporcionalidade da medida em análise. Assim Suzana Toledo de Barros (2003, p. 84-85) afirma:

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *strictu sensu [sic]*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bem é exaltada.

Na análise concreta, far-se-á necessário um “sopesamento” entre os valores que estão em jogo, de sorte

a se aferir se os valores privilegiados pelos subprincípios da adequação e necessidade se justificam diante dos valores preteridos. Assim, Alexy (2002, p. 112-113) sustenta que enquanto os subprincípios da adequação e necessidade se circunscrevem à esfera da análise do “faticamente possível”, a proporcionalidade em sentido estrito envolve a questão da otimização das possibilidades jurídicas.

O Judiciário, quando da análise de situações que contemplem conflitos entre princípios ou direitos constitucionais, deve exercer um juízo de ponderação entre o direito efetivado pela decisão e o por ela restringido, a fim de ponderar acerca da proporcionalidade da situação amparada. Deve o juiz valorar, segundo as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, se a decisão obteve um resultado satisfatório, e se o direito limitado deveria ser restringido frente ao efetivado, em uma “relação de precedência condicionada”.

Fica conferido ao Judiciário, assim, o dever de examinar a situação concreta e decidir se o direito efetivado não afrontou um direito que deveria prevalecer naquele caso, precedendo ao direito respaldado. É dever do juiz, analisando as circunstâncias, ponderar acerca da proporcionalidade da restrição ao direito dos cidadãos, contrastando os resultados obtidos com a preterição efetuada.

A atuação da proporcionalidade em sentido estrito deve ser feita em associação ao dos subprincípios acima estudados, posto que apenas tendo em mãos a análise das possibilidades fáticas da adequação e necessidade da medida questionada, resta incompleto o exame da proporcionalidade, sendo necessária a ponderação dos valores em jogo. Assim Luís Roberto Barroso (2003, p. 228) afirma:

Cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras

de Canotilho, trata-se de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Com efeito, Joaquim José Gomes Canotilho (2002, p. 270) assim caracteriza o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à carga coactiva da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da “justa medida”. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medidas ou desmedidas para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.

Muito importante, ainda, é apresentar a conceituação de Willis Santiago Guerra Filho (2003, p. 70-71), definindo a relevância do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito para a proteção do “núcleo essencial” dos direitos fundamentais:

O “princípio da proporcionalidade em sentido estrito” determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja *juridicamente* a melhor possível. Isso significa, acima de tudo, que não se fira o “conteúdo essencial” (*Wesensgehalt*) de direito fundamental, com o desrespeito intolerável da dignidade humana, bem como que, mesmo em havendo desvantagens para, digamos,

o interesse de pessoas, individual ou coletivamente consideradas, acarretadas pela disposição normativa em apreço, as vantagens que traz para interesses de outra ordem superam aquelas desvantagens.

Em suma, somente com a associação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito ao da adequação e necessidade, cada um agregando seu valor de acordo com seu conteúdo, é que se tornará possível o completo diagnóstico de se a medida adotada em um caso concreto observou ou não o princípio da proporcionalidade.

5 Exemplos jurisprudenciais de utilização do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos envolvendo os Direitos Fundamentais

Para o encerramento deste estudo, uma vez reunidos elementos para melhor compreensão do princípio da proporcionalidade, proceder-se-á à análise da aplicação deste princípio como método de solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, pontuando tal possibilidade de aplicação à luz de exemplos jurisprudenciais colhidos nos tribunais pátrios e internacionais.

A profusão legislativa, criando inúmeras previsões normativas a tutelar os direitos fundamentais, a intensificação das relações sociais promovida pelo desenvolvimento tecnológico dos meios de comunicação, transporte etc., são fatores cogitados como causa dos conflitos entre direitos fundamentais em casos concretos tão recorrentes nos dias atuais a demandarem solução dos órgãos jurisdicionais.

O jurista italiano Norberto Bobbio (1992, p. 42) bem demonstrava o dilema posto aos órgãos jurisdicionais quando reclamados a entregar provimento jurisdicional diante de conflitos entre direitos fundamentais:

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas.

Desse modo, resta investigar os moldes em que vem ocorrendo a aplicação jurisprudencial do princípio da proporcionalidade nos conflitos envolvendo direitos fundamentais.

Paulo Bonavides (2006, p. 425), destaca a utilização do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre direitos fundamentais no âmbito jurisprudencial das Cortes europeias:

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca desde aí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado. As cortes constitucionais europeias, nomeadamente o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, já fizeram uso freqüente do princípio para diminuir ou eliminar a colisão de tais direitos.

Abordando a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica utilizada no âmbito jurisprudencial para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, Mendes (1999, p. 91-96) reúne dois casos célebres na Corte Constitucional alemã. O primeiro é a decisão de 24.02.1971, relativa a conflito entre o direito à liberdade artística e o direito da personalidade à honra e imagem, enquanto derivações do princípio da dignidade humana.

Mendes (1999, p. 91-93) relata o caso em que o filho adotivo do falecido ator de teatro Gustaf Gründgens postulava a proibição da publicação do romance *Mephisto* sob a alegação de que se cuidava de biografia injuriosa à memória do ator falecido. Após sucessivas decisões em instâncias inferiores, o Tribunal Constitucional procedeu à ponderação dos valores (liberdade artística *versus* direito à honra e imagem) em conflito no caso concreto com base na técnica da proporcionalidade, visando assegurar a máxima efetividade aos direitos em disputa, impondo restrições à liberdade artística com base na dignidade da pessoa humana:

Nº.16

1. Art. 5, III, 1º. Período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual.
2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.
3. O direito de liberdade artística protege também o editor.
4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5º., II, nem aquela contida no art. 2º., I, 2º. Período
5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; a garantia da

inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1º, I”. (Decisão da Corte Constitucional, v. 30, p. 173)

O segundo caso célebre citado por Mendes (1999, p. 94), envolvendo aplicação da técnica da ponderação de interesses do princípio da proporcionalidade, ficou conhecido como o “caso *Lebach*”, de 05.06.1973, em que um homicida requisitava impedir a divulgação de filme sobre assassinato por ele cometido, pelo Canal de Televisão *Zweites Deutsches Fernsehen* – ZDF, sob a alegação de que tal divulgação dificultaria sua ressocialização pela ofensa à sua imagem e honra.

Após sucessivas decisões em instâncias inferiores, o caso foi definitivamente julgado pelo Tribunal Constitucional alemão. Em síntese, feita a ponderação dos valores no caso concreto, através do princípio da proporcionalidade, a Corte Constitucional entendeu pela preponderância da proteção à imagem e honra do reclamante diante do direito à liberdade artística do Canal de Televisão:

“Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.

Elucidativo julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal revela a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica para a solução de conflitos envolvendo direitos da personalidade também na jurisprudência pátria:

PROCESSO CIVIL E CONSTITUCIONAL.

CONFLITO DE NORMAS-PRINCÍPIOS.
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE. DIREITO À INTIMIDADE
E LIBERDADE DE IMPRENSA.

1. Os conflitos de normas-princípios, ao contrário do conflito entre normas-regras, são aclarados de acordo com o princípio da proporcionalidade, ou seja, basicamente com a ponderação de valores, mantendo-se o núcleo essencial da norma e verificando-se, sempre no caso concreto, seu âmbito de proteção.

2. Cotejando-se o direito à intimidade e a liberdade de imprensa, e verificando-se que, no caso concreto, não deve prevalecer, *prima facie*, o primeiro ao último, não se pode autorizar uma tutela específica no sentido de impedir o exercício da liberdade de imprensa, sob pena de cerceio de uma atividade assegurada constitucionalmente.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Primeira Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Ana Maria Duarte Amarante - Relatora, Waldir Leôncio Júnior e Antoninho Lopes - Vogais, sob a presidência do Desembargador Eduardo de Moraes Oliveira, em conhecer e desprover. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 03 de junho de 2002.

Revela-se proveitoso observar a íntegra do voto da Relatora, seguido com unanimidade pela 1ª Turma Cível do TJ/DF:

VOTOS

Desa. Ana Maria Duarte Amarante (Relatora) - Cabível e tempestivo, conheço do recurso.

No mérito não está a merecer provimento.

Pede o agravante que seja concedida liminar em cautelar, com efeitos inibitórios, impedindo que o ora agravado continue a manifestar-se de forma pejorativa sobre sua pessoa. Ademais, pleiteia a exclusão do *site* de notícias dos pronunciamentos anteriormente dispostos.

Trata-se, inicialmente, de conflitos de normas-princípios

que, a contrário do conflito entre normas-regras, são aclarados com as regras do princípio da proporcionalidade, ou seja, basicamente com a ponderação de valores, mantendo sempre núcleo essencial da norma, verificando-se, sempre no caso concreto, seu âmbito de proteção.

Portanto, a hipótese vertente, exige, antes de tudo, a ponderação dos interesses em conflito, requerendo do intérprete a concordância prática entre os direitos em jogo, impedindo, assim, o sacrifício de um em relação ao outro. Nesse procedimento, funciona o princípio da proporcionalidade, no dizer de Suzana de Toledo Barros (*in* Princípio da proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais, Editora Brasília Jurídica, 1ª edição, p. 26), como *“parâmetro técnico: por meio dele verificam-se se os fatos de restrição tomados em consideração são adequados à realização ótima dos direitos colidentes ou concorrentes. Afinal, o que se busca é a garantia aos indivíduos de uma esfera composta por alguns direitos, tidos por fundamentais, que não possam ser menosprezados a qualquer título.”*

Assim, como bem anota a mencionada professora, citando J.J. Gomes Canotilho, (ob. cit. p. 27) *“o princípio considerado significa, no âmbito das leis interventivas na esfera de liberdades dos cidadãos, que qualquer limitação a direitos feita pela lei deve ser apropriada, exigível e na justa medida, atributos que permitem identificar o conteúdo jurídico do cânone de proporcionalidade em sentido amplo: exigência de adequação da medida restritiva ao fim ditado pela própria lei; necessidade da restrição para garantir a efetividade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga da restrição e o resultado”*.

Portanto, para aferição do mencionado princípio, deve-se seguir um procedimento metódico, dividido em etapas próprias que nos levarão a inferir qual o direito que deve prevalecer à espécie em concreto. Assim resume o professor Paulo Gustavo Gonet Branco (*in* Princípio da proporcionalidade no controle da constitucionalidade das leis e a Constituição de 1988, *site* IDP), quanto aos referidos obstáculos: *“Como é sabido, uma norma passará no teste do princípio da proporcionalidade se vencer os desafios dos subprincípios constitutivos deste. Esses subprincípios são o princípio da adequação dos meios, o da necessidade*

e o da proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da adequação dos meios pode ser traduzido como a exigência de que a medida em estudo seja apta para atingir a finalidade perseguida. O princípio da necessidade é também conhecido como princípio da ‘menor ingerência possível’ e constitui uma decorrência do postulado do favor libertatis, que participa da essência mesma do Estado democrático de direito. Não se admite, no Estado democrático, que os cidadãos se vejam num status de sujeição generalizada ao Poder Público. A interferência sobre direitos fundamentais individuais deve ser tão reduzida quanto possível, limitando-se ao estritamente necessário para atingir a finalidade que a justifica. Por último, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, exige que o resultado que se pretende obter com a medida se justifique ante a carga coativa que ele provoca. Põe-se em confronto o objetivo projetado com os meios empregados. Há de ser recusado o remédio eficaz para curar a doença, mas que acarreta efeitos colaterais ainda mais danosos do que ela.”

Com efeito, podemos vislumbrar que a restrição aos direitos da imprensa, impedindo, por meio de uma tutela específica denominada pela moderna doutrina de inibitória, o exercício de seu direito de criticar, neste particular de forma irônica, a postura de determinadas pessoas públicas, vem a esbarrar, no mínimo e *prima facie*, na última etapa do princípio da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Ausente se encontra, portanto, dentro da análise estreita permitida pelo presente recurso, o *fumus boni iuris* ensejador da concessão da liminar em cautelar.

Cotejando-se, neste caso concreto, o direito à intimidade a liberdade de imprensa (artigo 220, § 1º, da Carta Política), não deve prevalecer, *prima facie*, o primeiro ao último, mormente quando os fatos noticiados no *site* são pretéritos, não atuais. Somente o dano porventura suportado a sua imagem é que poderia ser passível de indenização. Não se autoriza, destarte, a exclusão das críticas passadas, porquanto os efeitos que já produziram, se é que produziram, foram no passado, não gerando qualquer efeito futuro. Ademais, muito menos poderia ser autorizada uma tutela específica no sentido de impedir, neste caso concreto, o exercício da liberdade de imprensa, sob pena de cerceio a uma atividade assegurada

constitucionalmente. É escorreito que abusos devem ser impedidos, contudo não vislumbro, em princípio, motivos que poderiam ensejar a proibição de se divulgar bisbilhotices da vida de pessoas públicas.

Dessa forma, dentro dos lindes estreitos do recurso ora interposto, deve prevalecer a decisão proferida pelo juízo *a quo*.

ISTO POSTO, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Des. Waldir Leôncio Júnior (Vogal) - Com a Relatora.

Des. Antoninho Lopes (Vogal) - Com a Turma.

DECISÃO

Conhecido e desprovido. Unânime.

Arrematando esta abordagem, pôde-se observar que a aplicação do princípio da proporcionalidade como técnica para a solução de conflitos entre direitos fundamentais está gradativamente se difundindo na jurisprudência europeia como na jurisprudência pátria. Dessa sorte, através da utilização dos subprincípios e da técnica da ponderação de interesses, buscar-se-á garantir a máxima efetividade aos direitos da personalidade em disputa, com o mínimo de prejuízo.

6 Conclusão

O princípio da proporcionalidade pode ser apontado como um dos temas de mais destaque no cenário doutrinário e jurisprudencial atual. Não obstante tal princípio ainda não haver sido inserido expressamente na maioria das ordens constitucionais, vem sendo introduzido nos respectivos ordenamentos jurídicos como princípio implícito ou deduzido, com base na “abertura material” das Constituições aos princípios e direitos conformes aos valores adotados.

Neste contexto, a evolução do princípio da

proporcionalidade do âmbito estrito do Direito Administrativo para o plano constitucional potencializou sua aplicação para além da sua vocação inicial de parâmetro para o controle do exercício do “poder de polícia” do Estado. Sob o patamar de princípio constitucional, o princípio da proporcionalidade ganhou a atenção como importante ferramenta para a proteção dos direitos fundamentais.

Observa-se certo consenso doutrinário e jurisprudencial na composição dos elementos parciais ou subprincípios da proporcionalidade, precisamente a *adequação* (meio utilizado apto à produção do resultado objetivado), *necessidade* (utilização do meio mais suave para o fim visado) e a *proporcionalidade em sentido estrito* (ponderação dos interesses em conflito, visando a máxima otimização), que comporão em um procedimento trifásico a aplicação do princípio da proporcionalidade em um caso concreto.

Embora boa parte da doutrina, principalmente a administrativista, entenda pela fungibilidade entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, sustenta-se a autonomia destes, uma vez respeitados os diferentes processos evolutivos – razoabilidade, no Direito norte americano, sob a base do devido processo legal substantivo e proporcionalidade, no Direito europeu continental, sob a necessidade de controle do “poder de polícia” e proteção dos direitos fundamentais -, bem como consideradas as diferenças de conteúdo dos princípios.

No que pese a investigação da aplicação jurisprudencial do princípio da proporcionalidade como técnica para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, constata-se que a tendência de utilização do princípio para a resolução de colisões entre princípios e direitos fundamentais consolidou-se com sucesso nos tribunais internacionais e pátrios como método eficaz a trazer solução para o caso concreto com o mínimo de prejuízo para os valores em litígio.

Concluindo, com base na pesquisa da aplicação do

princípio da proporcionalidade mais precisamente para a resolução de conflitos envolvendo direitos fundamentais, constata-se a aplicação deste princípio como meio eficaz para apresentar a solução concreta demandada aos órgãos jurisdicionais, conferindo máxima proteção aos direitos fundamentais ameaçados ou violados, a exemplo dos julgados do Tribunal Constitucional alemão e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal analisados, que legitimam a ampla aplicação do princípio para a solução do litígio.

Application of the principle of proportionality for resolving conflicts between Fundamental Rights

Abstract: This paper presents the main theme reap the main elements of historical, philosophical and legal gifts for the formatting of the current concept of the principle of proportionality, so as to reap elements for proper intellection of its use as a technique for conflict resolution between fundamental rights. Is of importance such a study as yet there is a strong tendency multiplication of lawsuits to challenge the application of fundamental rights protection mechanisms. In this context, can be analyzed in this paper by using descriptive and exploratory methodology as the rolling sum of the historical, philosophical and legal foundations of the principle of proportionality led it to the current technical level to solve conflicts between fundamental rights.

Keywords: Proportionality. Conflicts between fundamental rights.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípio da Proporcionalidade & da Razoabilidade*. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMBLER, Everaldo Augusto. et.al. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Agravo de Instrumento*. Disponível em: <<http://www/juris.tjdf.gov.br/revista/D702.doc>>. Acesso em: 30 out. 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinatti. *Dignidade da Pessoa Humana*. Curitiba: Juruá, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHWABE, Jürgen. *Cincuenta años de jurisprudência del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Tradução de Marcela Anzola Gil. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez; Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

*Rafael da Silva Menezes**
*Cristine Cavalcanti Gomes***

Sumário: 1 Introdução. 2 Instrução probatória e provas ilícitas por derivação. 3 Mitigação da proibição da utilização de provas ilícitas por derivação introduzida pela lei 11.690/2008. 4 Considerações Finais. Referências.

Resumo: O processo justo é aquele formado pela observância dos direitos fundamentais em todo o seu iter procedimental. No processo penal, a busca pela verdade real ou pela penalização de acusados não pode ser usada como parâmetro para uma ponderação de interesses que afaste a observância de garantias processuais, dentre elas, a vedação à utilização de provas ilícitas, por derivação. O processo justo exige meios e resultados igualmente justos. O compromisso de um Estado com os direitos fundamentais é demonstrado, por um lado, pela punição daqueles que violam direitos e também pelo grau de negatividade que se empresta aos atos violadores.

Palavras-chave: Processo penal. Processo justo. Provas ilícitas.

1 Introdução

Impossibilitar que as pessoas sejam julgadas, em razão da suposta prática de ilícito criminal, perante o Poder

* Assessor Jurídico de Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Amazonas. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Discente do Programa de Doutorado em Direito da UFMG. Especialista em Direito Processual Civil (UFAM).

**Analista Jurídica do Tribunal Regional Eleitoral do Amazonas. Aluna Especial do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da UEA. Especialista em Direito Público (Uniderp/Anhanguera).

Judiciário de seu país é um impeditivo evidente de acesso à justiça, autorizando, por um lado, o exercício livre da vingança desmedida e, por outro, desacreditando a própria estrutura penal do Estado. Todavia, em alguns momentos históricos, fez-se parecer que a remoção de obstáculos formais de acesso à justiça seria suficiente para garantir um pleno acesso à justiça, de maneira que, se ao acusado fosse possibilitado um julgamento perante o Poder Judiciário, estar-se-ia satisfeito o direito de acesso à jurisdição, o que legitimaria toda decisão que fosse proferida, independentemente do procedimento que se adotasse e das consequências que a decisão desencadeasse. Entretanto, a história mostrou que o fato de o réu ter acesso à estrutura formal não garante, por si só, que o mesmo seja adequadamente julgado, submetido a um processo justo.

O processo penal não pode ser utilizado para respaldar ilegítimas decisões, não sendo possível, diante das disposições contidas na Constituição brasileira, contentar-se com um contraditório aparente, meramente formal, que não garanta aos acusados os meios e recursos inerentes à defesa.

Já se chamou atenção para os riscos da adoção de soluções meramente formais para os problemas relativos ao acesso adequado à justiça. É preciso, então, buscar uma fórmula mínima de processo, composta de garantias fundamentais indisponíveis, cuja inobservância impediria a existência de um provimento justo.

processo justo não é aquele desempenhado segundo um único e dominante princípio, mas, sim, aquele que permite a convivência harmoniosa de todos os princípios e garantias constitucionais pertinentes ao acesso à justiça e prestação efetiva da adequada tutela aos direitos subjetivos materiais (JUNIOR, 2009, p. 4).

A adoção destes requisitos garantidores mínimos é uma das facetas do respeito ao ser humano. No sentido de associar

processo justo e observância de garantias, faz-se referência a garantias individuais e garantias estruturais, como elementos mínimos de um processo justo (COMOGLIO, 1998, p. 95-150).

Como garantias individuais, o autor enumera: a) acesso amplo à justiça para todos, em condições de igualdade e de correlação e adequação da tutela correspondente à situação jurídica substancial concreta; b) ampla defesa, como ‘direito inviolável’, em todas as fases e graus do procedimento jurisdicional; c) assistência judiciária gratuita aos necessitados; d) juiz natural, pré-constituído pela lei.

As garantias estruturais seriam: a) justiça administrada em nome do povo e juízes sujeitos apenas à lei; b) função jurisdicional confiada a magistrados instituídos e disciplinados com base nas normas de organização judiciária; c) vedação dos juízes extraordinários ou de exceção; d) atribuição à jurisdição do fim institucional de realizar a ‘tutela’ dos direitos subjetivos substanciais; e) independência e autonomia da magistratura (Poder Judiciário); f) independência dos juízes e do Ministério Público; g) exercício da jurisdição segundo o ‘justo processo regulado pela lei’; h) garantia, em qualquer tipo de processo, do contraditório entre as partes, em condições de igualdade, diante de um juiz neutro e imparcial, assegurada a razoável duração do processo; i) motivação de todas as decisões judiciais; j) direito sempre ao recurso de cassação, por violação da lei.

O processo justo pressupõe que tenha havido respeito material às garantias individuais e estruturais, no trâmite processual. E a observância dessas garantias seria uma das condições para um provimento legítimo. O processo se formaria a partir da observância de garantias e seria, ele próprio, uma garantia.

O acesso à justiça penal, portanto, exige meios e resultados igualmente justos. A conscientização de uma plêiade mínima

de garantias para a consecução de um processo justo quer significar, num primeiro momento, que as garantias não são exaustivas e estão sempre se ampliando e, por outro lado, demonstra um novo olhar sobre o processo

para permanentemente confrontá-lo com as exigências funcionais de efetividade dos seus resultados e com as imposições de impostergáveis valores humanitários que dele fazem o instrumento apropriado de tutela de todos os demais direitos (GRECO, 2002, p. 60).

O processo justo, tal como delineado, representa importante exemplo de direito fundamental. Aliás, a Constituição da República Federativa do Brasil possui vários enunciados normativos acerca do tema, que podem ser exemplificados, a seguir:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Considerando que nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias expressos na Carta Magna “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, o rol de direitos relacionados ao processo justo não é exaustivo, no ordenamento jurídico brasileiro, de forma que as previsões

contidas em Convenções e Tratados Internacionais, que disponham de forma mais abrangente sobre o processo justo se aplicam imediatamente aos processos judiciais e administrativos, em trâmite no Brasil.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 na mesma linha, também demonstrou preocupação em garantir processo justo a todas as pessoas, de forma que prevê disposições expressas a este respeito, que podem assim ser exemplificadas, *in verbis*:

Artigo VIII

Toda pessoa tem direito a receber dos tributos nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX

Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X

Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Também a Convenção Interamericana de Direitos Humanos contempla, expressamente, diretrizes acerca do processo justo, identificadas como garantias judiciais, que envolvem o direito ao contraditório pleno; razoável duração do processo; juízo independente, imparcial e pré-constituído e; direito à assistência judiciária, dentre outros.

Observa-se que todo o sistema de direitos fundamentais em que o Brasil está inserido possui regramento direto sobre o processo justo e, tendo os direitos fundamentais aplicação imediata, a exigibilidade de um processo justo também se mostra imediata, permitindo, inclusive, um controle de normas internas, que desrespeitem ou restrinjam o alcance de processo

justo, preconizado em instrumentos internacionais, o que fez sobrelevar a Teoria do Controle de Convencionalidade de Atos Normativos Internos, segundo a qual:

as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 14).

Seja qual for a fonte normativa primária das garantias mínimas do processo justo, tais cláusulas representam, ao mesmo tempo, limitação e legitimação do Poder Judiciário. Afastar as garantias individuais, no caso concreto, somente pode ser possível para permitir a eficácia de outro direito fundamental, de maior prevalência.

A proposta da abordagem, em razão da natureza do presente trabalho, é analisar a mitigação do direito a não admissibilidade de provas ilícitas por derivação, especificamente quanto às principais alterações promovidas pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, no Código de Processo Penal Brasileiro.

2 Instrução probatória e provas ilícitas por derivação

O processo deveria, ideologicamente, reconstruir os fatos exatamente na forma e modo como aconteceram, a fim de possibilitar a mais correta aplicação das consequências jurídicas, tomando-se como base o que, realmente, foi praticado pelo agente. Todavia, há uma impossibilidade real de que o processo judicial seja um espelho perfeito da situação que exigiu a instauração do processo penal. O que é possível retratar é a impressão das partes sobre o que aconteceu e estabelecer um quadro de possíveis e prováveis acontecimentos.

A partir do exercício do direito à prova, os sujeitos processuais colacionam aos autos do processo elementos capazes de demonstrar a higidez de suas alegações, com vistas a construir, em conjunto com o Estado-juiz, a decisão mais justa, com a garantia de igualdade de influência sobre a convicção do magistrado.

Assim, a utilização probatória a fim de demonstrar a *verdade dos fatos* é intrinsecamente ligada ao direito de ação e ao de defesa, ambos, constitucionalmente previstos.

O Código de Processo Penal não elenca, exaustivamente, todos os meios de provas admissíveis, sendo permitido utilizar as provas nominadas, previstas nos arts. 158 a 250, do Código de Processo Penal e as que não estão normatizadas, segundo exegese extraída da norma do parágrafo único do art. 155¹, do mesmo *Codex*, desde que, moralmente legítimas e que se coadunem com o ordenamento jurídico.

Sabe-se não haver, no ordenamento pátrio, direitos absolutos. Daí porque, há limites constitucionais e legais ao exercício do direito probatório. A Constituição Federal de 1988, conforme visto alhures, proíbe, expressamente, em qualquer processo, a utilização de provas obtidas por meio ilícito e tal direito representa uma limitação ao poder investigatório e ao punitivo, de forma a desestimular que os órgãos policiais, quando da realização de diligências investigativas, violem direitos fundamentais, porque por mais cristalinas que forem as evidências, o desrespeito a direitos fundamentais as torna inúteis, no processo. Recorde-se que o processo justo exige resultados e meios igualmente justos.

Acerca do tema, tome-se a lição de Ada Pellegrini Grinover

¹ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. *Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.*

que, ao comentar escolhas feitas pela Comissão de Reforma do Código de Processo Penal, entendeu que a Constituição Federal de 1988, em seu inciso LVI, do art. 5, consolidou a posição internacional no sentido da inadmissibilidade processual das provas obtidas por meios ilícitos, entendidas pela doutrina como aquelas colhidas infringindo normas ou princípios estabelecidos pela Constituição para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade (GRINOVER, 2010). Constituindo, dessa maneira, provas ilícitas as obtidas com violação do domicílio (art. 5º, XI, da CF) ou das comunicações (art. 5º, XII, da CF), as conseguidas mediante torturas ou maus tratos (art. 5º, III, CF), as colhidas com infringência à intimidade (art. 5º, X, da CF), dentre outras disposições.

Ressalta, também, em seu posicionamento, que se mostra oportuno a fixação de balizas pela lei processual da regra constitucional de exclusão das provas ilícitas, em qualquer situação, bem como, sua conceituação e posição quanto a sua admissibilidade e proibição de utilização, mesmo quando se trate da denominada prova ilícita por derivação, ou seja, da prova não ilícita por si mesma, mas conseguida por intermédio de informações obtidas por provas ilicitamente colhidas. Em outros termos:

a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. (RANGEL, 2014, p. 73)

Consoante classificação adotada pela doutrina, a prova ilícita, espécie do gênero prova proibida ou vedada, é aquela obtida em desrespeito às disposições de direito material ou dos princípios informadores do direito penal enquanto que a prova ilegítima é a que viola as normas de direito processual ou os seus princípios.

Imperioso ressaltar que essa diferenciação não foi adotada pela Constituição da República, tampouco o foi pelo Código de Processo Penal, nem mesmo com as alterações no sistema probatório advindas com a Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008. Dessa forma, reputam-se como ilícitas, a teor da norma esculpida no *caput* do art. 157, do Código de Processo Penal, todas aquelas obtidas em violação às normas constitucionais ou legais.

A ilicitude de uma prova carreada ao processo penal não fica sempre limitada àquela prova obtida em violação a normas constitucionais e legais, podendo transcender e alcançar outras provas dela derivadas. A possibilidade de que outras provas sejam atingidas pela nulidade decorrente da ilicitude de uma prova anterior é o núcleo da denominada *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*.

A Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, alterando o Código de Processo Penal, introduziu diversas modificações no direito processual brasileiro, destacando-se a positivação da própria *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada* ou da prova ilícita por derivação, na norma prevista no art. 157, § 1.º, do Código de Processo Penal, consolidando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a discussão doutrinária a respeito do tema. Após a alteração, a norma passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada (*fruits of the poisonous tree*) originou-se na Suprema Corte Norte-Americana, no *leading case Siverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, e, segundo a mesma, conforme dito alhures, a produção de uma prova ilicitamente tem a possibilidade de tornar as que forem obtidas em sua decorrência em ilícitas por derivação – frutos.

A doutrina brasileira discutia acerca da possibilidade das provas ilícitas por derivação, tendo em vista a redação do art. 5.º, LVI, da Constituição Federal considerar apenas as provas ilícitas. O entendimento majoritário, defendido por ilustres doutrinadores como Ada Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, fundamentava-se na vedação, também, das provas ilícitas por derivação, enquanto que a corrente minoritária defendida por Paulo Rangel acreditava que, em virtude da ausência de distinção pelo constituinte originário não havia vedação à sua admissão no processo.

Enfrentando a questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 69.912-0/Rio Grande do Sul, posicionou-se nos seguintes termos:

O STF, por maioria de votos, assentou entendimento no sentido de que sem a edição de lei definidora das hipóteses e da forma indicada no art. 5º, XII, da Constituição não pode o juiz autorizar a interceptação de comunicação telefônica para fins de investigação criminal. Assentou, ainda, que a ilicitude da interceptação telefônica -- à falta da lei que, nos termos do referido dispositivo, venha a discipliná-la e viabilizá-la -- contamina outros elementos probatórios eventualmente coligidos, oriundos, direta ou indiretamente, das informações obtidas na escuta.

No referido julgamento, o Ministro Sepúlveda, em seu voto enfatizou que a doutrina da invalidade do *'fruit of the poisonous*

tree’ era a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da prova ilícita. Afirmado que, no caso em discussão, era inegável que só as informações extraídas da escuta telefônica, autorizada de forma indevida, possibilitou a realização do flagrante e da apreensão da droga, elementos decisivos na construção lógica da imputação atribuída na denúncia e na fundamentação das decisões condenatórias. Concluindo que, em razão da patente relação genética entre os resultados da interceptação telefônica e as provas subsequentemente colhidas, não seria possível apegar-se a essas últimas - frutos da operação ilícita inicial - sem, de fato, emprestar relevância probatória à escuta vedada.

De acordo com a teoria, por exemplo, se a partir de uma confissão, obtida por meio de choques elétricos, forem obtidas informações que viabilizem uma busca e apreensão formalmente íntegra (precedida de ordem judicial, cumprida por Oficial de Justiça, sem qualquer abuso), reconhece-se que esta busca e apreensão está contaminada, eis que decorre de uma prova ilícita. Em suma, existindo prova ilícita, as demais provas dela derivadas (relação de dependência e causalidade), mesmo que formalmente perfeitas, não serão admissíveis no processo.

Consoante lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 80) não somente as provas obtidas ilicitamente são proibidas, mas também as denominadas ‘provas ilícitas por derivação’, tendo em vista que, ao lado das provas ilícitas existe a doutrina do ‘fruit of the poisonous tree’ – fruto da árvore envenenada’ -, adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961.

No caso em voga, conforme narra o autor, a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. A obtenção ilícita daquela informação

se projeta sobre a diligência, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal. Nisso consiste a doutrina do ‘fruto da árvore envenenada’.

O núcleo central da referida teoria foi positivado no Código Penal Brasileiro, a partir da reforma introduzida pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, *in verbis*:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

Em verdade, antes mesmo da inovação legislativa, já existia dispositivo no Código de Processo Penal, que tratava da nulidade sucessiva de atos praticados no processo penal. Trata-se, do ainda vigente, art. 573, que assim estatui:

Art. 573. Os atos, cuja nulidade não tiver sido sanada, na forma dos artigos anteriores, serão renovados ou retificados.

§ 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos atos que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º O juiz que pronunciar a nulidade declarará os atos a que ela se estende.

Do enunciado normativo, já se extraía a conclusão de que, reconhecida a nulidade de uma prova, decorrente da sua ilicitude, todos os outros atos (incluindo provas) posteriores e dela decorrentes teriam a sua nulidade também declarada.

O Supremo Tribunal Federal já havia, em mais de uma oportunidade, reconhecido a aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, consoante se observa do seguinte

trecho de acórdão oriundo daquele Pretório Excelso, quando se deparou com a apreensão de livros contábeis e documentos fiscais realizada em escritório contábil, por agentes fazendários e policiais federais, sem mandado judicial:

Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos.

(STF. Segunda Turma. HC: 93050 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Publicação: 01-08-2008)

Impende ressaltar, todavia, estar havendo uma involução no que diz respeito à aplicação da *Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*, inclusive, *de lege ferenda*, criando-se exceções à inadmissibilidade de provas ilícitas e delas derivadas, numa tentativa incorreta de ponderação entre valores, a justificar o afastamento das garantias do processo justo, para satisfazer a vontade estatal de punir.

A observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre o Estado e cidadãos ou entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, DJ de 27/10/2006)

Ilustrativamente, é de recordar, entre tantas, a situação em que o Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar

acerca da admissibilidade de prova derivada de busca e apreensão determinada por juízo absolutamente incompetente.

Sabe-se que o exercício da função jurisdicional por um magistrado pressupõe que este seja competente e, não sendo os atos decisórios por ele praticados são nulos, porque emanados de pessoa que não poderia exercer parcela da jurisdição, naquele caso específico. O Código de Processo Penal é expresso ao afirmar, em seu art. 567, que: “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente”.

A busca e apreensão decorre, em regra, de um pedido formulado por um sujeito processual contra a sua parte adversa e esta pretensão (busca e apreensão) é decidida pelo juiz que, entendendo estarem preenchidos os requisitos autorizadores da medida, defere o pedido. Ora, se o juiz que proferiu a decisão interlocutória, posteriormente, é declarado absolutamente incompetente e, portanto, os efeitos da decisão tendem a retroagir, devem ser declarados nulos todos os atos decisórios praticados, incluindo o que deferiu o pedido de busca e apreensão.

A prova colhida em razão da busca e apreensão é ilícita porque, mesmo que o procedimento de colheita tenha sido realizado com a observância de todas as formalidades legais, quem determinou aquela medida cautelar não poderia fazê-lo, de onde emerge que a ilicitude proibida pela Constituição alcança todos os desvios das garantias do processo justo, incluindo, por óbvio, a ilicitude decorrente da violação do Princípio do Juiz Natural, evidenciada com a posterior declaração de incompetência absoluta daquele órgão jurisdicional.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar a Ação Penal 536/BA consignou, mediante pronunciamento da Corte Especial, que a declaração de incompetência absoluta não alcança os atos probatórios praticados anteriormente e permitiu

que os elementos colhidos durante a busca e apreensão fossem encaminhados ao juízo competente, de maneira a viabilizar a instrução processual e justificar o tempo do processo e eventual condenação.

A proibição da utilização de provas ilícitas por derivação é um direito fundamental e não pode ser afastado, simplesmente, para viabilizar-se a instrução processual penal ou pior, para justificar a punição de um acusado. O processo justo exige meios justos. Se os meios de prova são obtidos ilicitamente, o resultado do processo não será constitucionalmente adequado, em especial porque a Lei Maior não prevê exceções ao direito fundamental de proibição de provas obtidas por meios ilícitos, inclusive as ilícitas por derivação.

3 Mitigação da proibição de provas ilícitas por derivação introduzida pela Lei nº. 11.690, de 9 de junho de 2008

A aplicação da Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada sofreu mitigações pela teoria da prova absolutamente independente ou da fonte independente (*independent source limitation*); teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*); a limitação da contaminação expurgada (*punged taint limitation*), sendo conhecida, também como limitação da conexão atenuada (*attenuad conection limitation*) e a boa fé.

A teoria da prova absolutamente independente (*independent source limitation*), conhecida a partir do caso *Bynum v.s. U.S* (1960), segundo a qual, não havendo vínculo de dependência entre as provas (ilícitas e as lícitas), não existiria a contaminação das provas lícitas absolutamente independentes, foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 84679-ED, no qual restou decidido que:

A questão da prova ilícita, decorrente da não observância

de formalidade na execução de mandado de busca e apreensão, foi debatida e rejeitada pela maioria, prevalecendo o voto divergente no sentido de preservar a denúncia respaldada em prova autônoma, independente da que foi impugnada. (HC 84.679-ED, rel. min. Eros Grau, julgamento em 30-8-2005, Primeira Turma, DJ de 30-9-2005).

A teoria da descoberta inevitável, elaborada pela Suprema Corte Americana no caso *Nix v.s Williams II* (1984), possibilita a utilização da prova decorrente da ilícita quando a mesma pudesse ser descoberta por outro meio de prova legítimo e inidôneo. Nesta teoria, diferentemente da anterior há a presença do nexo de dependência, entretanto ele não é fundamental, tendo em vista que a prova seria produzida dentro dos parâmetros processuais, sendo apenas uma questão temporal.

Por seu turno, consoante a teoria da contaminação expurgada (*punged taint limitation*), originada no caso *Wong Sun vs. US* (1963), em virtude do vínculo superficial existente entre a prova ilícita e a derivada pode não haver a contaminação, preservando-se, portanto, a licitude da prova derivada da ilícita.

A boa-fé também será adotada como fundamento para a preservação da prova quando, a ilicitude da prova decorreu da ausência de dolo de praticar atos contrários à Lei, ou seja, quando decorre de uma situação de erro.

A boa-fé, como se conclui, não pode sozinha retirar a ilicitude da prova que foi produzida. A ausência de dolo por parte do agente não ilide a contaminação, posto que é imprescindível não só a boa-fé subjetiva, mas também a objetiva, que é o respeito à Lei na produção do manancial probatório (TÁVORA, 2014, p. 400).

Com o advento da Lei n.º 11.690/08, a divergência doutrinária teve fim, uma vez que positivou a teoria dos frutos

da árvore envenenada ou da prova ilícita por derivação e algumas das teorias decorrentes limitantes como a teoria da prova absolutamente independente e a teoria da descoberta inevitável, que tinham assento apenas jurisprudencial.

Contudo, também restou positivada no Código de Processo Penal, na primeira parte do § 1.º, do art. 157, a teoria limitante da prova absolutamente independente ou da fonte independente (*independent source limitation*), *in verbis*: “salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras” e a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery limitation*), na segunda parte do § 1.º, do art. 157, cuja redação é a seguinte: “ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Nesses termos, pode-se notar, claramente, a intenção do legislador em, ao positivar a Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, não o fez de forma absoluta, eis que, também, expressamente, limitou seu alcance.

Essa mitigação, ao tempo em que foi positiva, pois criou limites à vedação da utilização das provas derivadas das ilícitas, possibilitando o aproveitamento das referidas provas, eis que não maculadas pela ilicitude das primeiras, deu uma ampla margem de interpretação do que de fato seria fonte independente, a despeito do conceito previsto no § 2.º, do art. 157, do Código de Processo Penal ou se a prova inevitavelmente seria descoberta.

A mencionada alteração legislativa trouxe a incumbência ao Magistrado de que deverá analisar, no caso concreto, a ocorrência ou não das situações mitigadoras, causando insegurança jurídica sobre o vínculo de contaminação das provas dos autos.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração são as possíveis violações a garantias constitucionais que poderão ocorrer na descoberta das provas. Até que ponto

serão respeitadas ou não? Até que ponto a busca pela verdade real pode fazer com que as mesmas sejam desconsideradas ou levadas em consideração num menor grau? Simplesmente não pode.

Considerando as garantias do processo justo e da construção democrática da decisão judicial, a previsão contida no 2º, do art. 157, do Código de Processo Penal mostra-se, de todo, descabida e inconstitucional. Ora, se um elemento de convicção (probatório) carreado aos autos do processo judicial poderia ser obtido “segundo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal”, por que, então, essas provas foram produzidas ao arrepio do direito? Mais: por que, então, as mesmas são admitidas, se poderiam ser produzidas por meios lícitos?

A permissibilidade é danosa porque desestimula a observância dos parâmetros delineadores de um processo justo. Passa a ser mais vantajoso descumprir as normas, obter provas por meios ilícitos, mesmo quando é possível obtê-las licitamente.

É preciso materializar a construção teórica e normativa dos direitos fundamentais e, para isso, é preciso que a eficácia dos mesmos seja pedra de toque em todos os níveis das relações entre particulares e entre estes e o Estado. Desta forma, a existência de sanções civis, penais e administrativas aos agentes públicos (violadores) não é suficiente e nem freio à atuação ilegal dos órgãos de investigação, já que a maioria dos abusos sabe-se, são cometidos contra pessoas das classes menos favorecidas. Além da sanção pessoal, é indispensável que estes atos de violação a direitos fundamentais sejam negativados pelo ordenamento jurídico, com vistas à máxima eficácia destes direitos.

Há de se fazer referência, ainda, ao veto presidencial proferido sobre o pretenso § 4º, do art. 157, do Código de

Processo Penal, que seria introduzido pela Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008, cuja redação era a seguinte: “§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

O veto presidencial consubstanciou-se no fato de que o objetivo da reforma processual era o de imprimir celeridade e simplicidade ao desfecho do processo, assegurando a prestação jurisdicional em condições adequadas, e o referido dispositivo ia de encontro a tal movimento, uma vez que podia causar transtornos razoáveis ao andamento processual, ao obrigar que o juiz da instrução processual deva ser, eventualmente substituído por um outro que nem sequer conhece o caso.

Além disso, quando o processo não mais se encontrava em primeira instância, a sua redistribuição não atendia necessariamente ao que propunha o dispositivo, eis que mesmo que o magistrado conhecedor da prova inadmissível fosse afastado da relatoria da matéria, poderia ter que proferir seu voto em razão da obrigatoriedade da decisão coligada.

A atividade de conhecimento dos elementos de convicção carreados ao processo forma o livre convencimento racional do magistrado, que terá conhecimento de tudo aquilo que foi produzido durante as investigações e durante a instrução probatória. Todos os elementos de prova influenciam o convencimento do magistrado.

Considere a situação em que um magistrado tenha tido contato com uma prova ilícita, originária ou por derivação, uma confissão obtida mediante tortura ou documentos contábeis que demonstram evasão fiscal, mas que foram obtidos em uma busca e apreensão se o respectivo mandado judicial, por mais que, posteriormente, essas evidências sejam consideradas ilícitas e, portanto, inservíveis ao processo, o magistrado será influenciado por aqueles dados. A melhor opção, que permite uma solução constitucionalmente adequada, contrária

à influência das provas ilícitas, é aquela que determinasse a substituição do magistrado, por outro, que não tivesse tido contato com as provas ilícitas, porque as chances de este último ser influenciado por provas ilícitas é bem menor.

Todavia, a proposição normativa, aprovada por ambas as Casas do Congresso Nacional, foi vetada, ao argumento de que esta garantia de decisão mais justa traria prejuízos à celeridade processual. Mais uma vez, o direito processual penal brasileiro parece optar por meios, quaisquer que sejam, violadores ou não de garantias fundamentais, que justifiquem a penalização do acusado.

O processo justo, todavia, exige meios e resultados igualmente justos.

4 Considerações finais

A prova ilícita, originária ou derivada, é prova inidônea e, como tal imprestável, não apresentando qualquer aptidão para produzir efeitos jurídicos, especialmente para punir o jurisdicionado. Em outros termos, a ilicitude da prova retira desta “qualquer eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretenda demonstrar”, por mais importantes que sejam para a elucidação dos fatos trazidos ao processo.

Considerando que as provas ilícitas por derivação também não se prestam à demonstração dos fatos e argumentos, devem ser retiradas do processo em que inseridas. Seria frágil, por exemplo, declarar que uma escuta telefônica foi realizada sem a devida autorização judicial e permitir que informações obtidas a partir daquela escuta sejam utilizadas na persecução penal, permanecendo nos autos e influenciando o magistrado que tivesse contato com as mesmas.

Ante o regramento constitucional destinado às provas ilícitas, tem-se a impossibilidade de aplicarem-se as técnicas

de sopesamento, para aplicação dos critérios de razoabilidade (direito americano) ou proporcionalidade (direito alemão), para mitigar a proibição da utilização de provas ilícitas por derivação.

Sabe-se que, não existindo direitos absolutos, quando um deles estiver disputando incidência sobre o fato concreto, deve-se afastar aquele com maior prevalência. E, em se tratando da vedação de provas ilícitas por derivação, não há direito individual de igual ou maior prevalência que justifique a sua retirada. Conforme se observou das decisões judiciais comentadas ao longo do texto, a tentativa de concatenar argumentos para justificar a utilização de provas ilícitas por derivação objetiva, simplesmente, viabilizar a marcha processual e possibilitar a condenação de acusados, mesmo que para isso tenha que se relativizar direitos fundamentais, sem justificativa plausível, na perspectiva da evolução histórica dos direitos humanos.

Bem aplicada, a “Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada”, possui ela mesma os requisitos para sua aplicação. Não se defende a aplicação irrestrita do núcleo central da teoria. Não são todos os atos probatórios posteriores à prova ilícita que devem ser declarados ineficazes, mas somente aqueles dependentes e posteriores. Se o órgão acusador demonstrar que obteve outros elementos decorrentes de uma fonte autônoma de prova, que não guarde relação de dependência, nem causal, com a prova originalmente ilícita, não deve a mesma ser maculada, simplesmente porque não tem origem ilícita.

Todavia, o que se tem constatado é que a tese doutrinária tem sido desvirtuada para legitimar violações às garantias do processo justo. Pode-se dizer, inclusive, que na maioria das vezes, tem-se mitigado a proibição da utilização de provas ilícitas por derivação, para tentar “salvar” investigações ou, para se chegar a uma “verdade real”, o que demonstra uma

incongruência, ao passo que a verdade real, espelho da situação que ocasionou a instauração do processo penal, é inalcançável e, assim sendo, não pode ser utilizada como justificativa para sacrificar direitos fundamentais.

Um Estado que quer ser Democrático de Direito elege fins justos e meios igualmente justos, em todas as suas manifestações.

Mitigation of illicit evidence by deriving the light of Law 11.690, of June 9, 2008

Abstract: The due process is that formed by the observance of fundamental rights. In criminal proceedings, the search for the real truth or the penalty charged cannot be used as a parameter for a balance of interests different from the observance of procedural safeguards, among them the prohibition on use of illegal evidence, by derivation, in criminal proceedings. The due process requires media and also fair results. The commitment to a state with fundamental rights is demonstrated, first, by punishing those who violate those rights and also by the degree of negativity that lends itself to acts violators.

Keywords: Criminal procedure; Due process; Unlawful evidence.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. A viagem redonda: habeas data, direitos constitucionais e as provas ilícitas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 213, p. 159, jul./set. 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 5 jul. 2013.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de processo penal*. Presidência da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 5 abr. 2014.

_____. Lei 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111690.htm>. Acesso em: 5 abr.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. *Ação penal 536/BA*, Rel. Min, Eliana Calmon. DJe. 4 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 69.912-0/GO*. Relator: PERTENCE, Sepúlveda. Publicado no DJ de 1º fev. 1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 93.050/RJ*, Relator: MELLO, Celso de. Julgamento: 10 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no RE 201.819/RS*. Relator. GRACIE, Ellen. Publicado no DJ de 27 out. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 84679-ED*. Relator: MENDES, Marco Aurélio. Publicado no DJ de 16 dez. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no HC 91.867*. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 20 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC: 93050 RJ*, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10 jun. 2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-142 DIVULG 31 jul. 2008 PUBLIC 1º ago. 2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700)

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo (modelli a confronto). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção europeia de direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Rideel. 2012.

CONVENÇÃO interamericana de direitos humanos. *Pacto de San José da Costa Rica*. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo

A mitigação da produção de provas ilícitas por derivação à luz da Lei n.º 11.690, de 9 de junho de 2008

justo. *Novos Estudos Jurídicos*. v. VII, n. 14, p. 9 – 68, abr. 2002.

KERMIT, Hall. *Oxford guide to united states supreme court*. Oxford USA Trade, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 46, n. 181, jan./mar. 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa e GRINOVER, Ada Pellegrini. Exposição de motivos do projeto de código processual penal- Tipo para Ibero-América. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 16, n. 61, p.111, jan./mar. 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução Crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 22. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 400.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Direito processual constitucional. *Revista Estação Científica*, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2654365/artigo%20%20revisado.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*, v. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Manual de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

*Ivana Mussi Gabriel**

Sumário: 1 Introdução. 2 Improbidade como imoralidade administrativa qualificada. 3 Educação: norma definidora de direitos. 4 Vinculação de receitas públicas para educação. 5 Ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da Administração Pública. 6 A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa. 7. Conclusão. Referências.

Resumo: A não vinculação constitucional de receitas na manutenção e desenvolvimento do ensino, nos termos do artigo 212 da Constituição de 1988, lesiona o direito fundamental à educação, exigindo responsabilização do chefe do Poder Executivo pela má gestão da coisa pública. Trata-se de comportamento proibido, desonesto, de imoralidade qualificada, que configura ato de improbidade administrativa, previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 por ofender os princípios da legalidade e moralidade da Administração Pública. Embora a maioria da doutrina e jurisprudência exija, para fins de penalização, comprovação da conduta devassa do agente público e do elemento subjetivo, entende-se que a falta de emprego de recursos no ensino ou aplicação de forma inferior aos percentuais impostos pela norma constitucional é, de forma incontestada, conduta relacionada

* Formada na Universidade Estadual Paulista (UNESP), ex-técnica de controle externo do Tribunal de Contas de Minas Gerais, professora universitária, advogada, especialista em Direito Tributário pelo IBET, mestre em Direito Constitucional pela ITE/Bauru e autora dos livros: Direito Financeiro e Direito Administrativo para Concursos Públicos.

à desonestidade, por violar o direito fundamental à educação e, portanto, ato de improbidade administrativa com presumível dolo administrativo.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Educação.

1 Introdução

Conta-se que, na Grécia Antiga, havia um filósofo de atitudes incomuns, que morava num tonel, tinha como pertences apenas uma túnica e um cajado e andava pelas ruas de Atenas, em plena luz do dia, com uma lanterna acesa, à procura de um homem honesto.

A Lanterna de Diógenes, que contestou as normas e convenções da sociedade clássica, convida todos, no século XXI, a fazer o mesmo: enxergar a realidade tal como é, sem mistificações ou enganos e refletir a respeito da falta de homens comprometidos com a moralidade. Afinal, não são poucas as revelações rotineiras das manhas e artimanhas de agentes políticos corruptos, que sabotam preceitos constitucionais reveladores de direitos fundamentais, ofendem o patrimônio público, numa atitude condenável que não pode mais prosperar.

De acordo com a moralidade administrativa, os gestores públicos, no exercício de suas atividades administrativas, devem agir com honestidade de propósitos, honradez, probidade, retidão, justiça, caráter, boa-fé, seguindo regras de boa-conduta, de zelo à coisa pública, sem aproveitar-se das facilidades decorrentes do exercício da função administrativa em proveito próprio ou de outrem.

Há, portanto, um dever de probidade, de ética pública¹, de compromisso com as regras internas de boa administração, que devem ser observados por todos aqueles que integram a estrutura da Administração Pública. Já dizia Maurice Hauriou², “a moralidade administrativa é o conjunto de regras de conduta extraída da disciplina interior da Administração”.

O artigo 212 da Constituição Federal de 1988, que vincula percentual mínimo de receitas de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, constitui norma cogente, de suporte a importante direito fundamental social, a educação. O não cumprimento por parte do chefe do Poder Executivo desse mandamento constitucional traduz comportamento proibido, desonesto, de imoralidade qualificada, que configura ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92, por ofender os princípios da legalidade e moralidade da Administração Pública.

O presente trabalho busca resgatar a fome de honestidade de Diógenes, desafiando toda a sociedade a acender a sua lâmpada e a reconhecer, nesse momento, a importância de revalidar os valores morais, no sentido de responsabilizar por improbidade administrativa o chefe do Poder Executivo, que se vale da função pública para, num desvio de caráter, usurpar o direito fundamental à educação, porque evidente, nesse caso, o dolo administrativo.

¹ A respeito do dever de ética pública, Roberto Dromi relaciona-o com a dignidade em atuar de seus empregados e funcionários públicos, principalmente no que concerne ao emprego dos fundos, do patrimônio e dos procedimentos de atuação e decisão governativos (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. B.Aires: Ciudad Argentina, 1996. p.384).

² HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 10. ed. Paris: Sirey, 1921. p. 424.

2 Improbidade como imoralidade administrativa qualificada

Diferente dos textos constitucionais anteriores, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o princípio da moralidade administrativa foi incluído, expressamente, no artigo 37, *caput*, e o §4º estabeleceu, de forma mais severa, as sanções constitucionais mínimas para o ato de improbidade administrativa, sendo, posteriormente, regulamentado pela Lei 8.429/92³, denominada Lei de Improbidade Administrativa.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte;

§ 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A respeito da importância da Constituição da República vigente, assevera Pedro Decomain:

³ A Lei 8429/92 originou-se de um anteprojeto elaborado pelo ex-ministro da Justiça, Jarbas Passarinho, ao Presidente da República, Fernando Collor (90-92), em razão dos discursos presidenciais pré-eleitorais de combate aos marajás. A referida lei, nos artigos 2º e 3º, faz alusão a agentes públicos, ou seja, às pessoas que podem incorrer na prática de ato de improbidade administrativa, considerando, em síntese, todas as pessoas físicas que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, função pública e os *extraneus*, particulares que concorrem, induzem ou se beneficiam do ato de improbidade administrativa. Como se verifica, não é preciso ser servidor público com vínculo empregatício para enquadrar-se como sujeito ativo de improbidade administrativa.

Sem embargo, a diferença entre as Constituições de 1946 e 1967, Emenda Constitucional n.1, de 1969, inclusa, e a Constituição Federal de 1988, é bastante significativa. As de 1946 e 1967 cuidavam de seqüestro e perda de bens, além de ressarcimento de danos ao Erário, mas não se serviam da expressão “improbidade administrativa”. Ademais, nenhuma delas fazia referência a perda do cargo ou suspensão de direitos políticos, como sanções possíveis de incidência em relação a quantos causassem deliberado dano ao Erário⁴.

Não é demais ressaltar que dispositivos da Constituição Federal de 1988, como artigo 37, *caput* e §4º, fazem alusão à moralidade administrativa e probidade administrativa. Existe, contudo, diferença nessas expressões?

Entende-se que a moralidade administrativa constitui gênero da qual a probidade é espécie.

Na Lei 8.429/92, há uma ofensa à moralidade administrativa na sua forma qualificada, por revelar uma postura desonesta do agente público perante o aparato administrativo. Afinal, o propósito da lei de improbidade administrativa é voltar-se contra a conduta do agente público desonesto.

No sentido de que a probidade está exclusivamente ligada ao aspecto da conduta do administrador, esclarece Marcelo Figueiredo:

[...] o princípio da moralidade administrativa é de alcance maior, é conceito mais genérico, a determinar a todos os “poderes” e funções do Estado, atuação conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade. Já, a probidade, que alhures denominamos de “moralidade administrativa qualificada”, volta-se a particular aspecto da moralidade administrativa. Parece-nos que a probidade está *exclusivamente vinculada ao aspecto da conduta (do ilícito) do administrador*. Assim, em termos

⁴ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 20.

gerais, diríamos que viola a probidade o agente público que em suas ordinárias tarefas e deveres (em seu agir) atrita os denominados “tipos” legais. A probidade, desse modo, seria o aspecto “pessoal-funcional” da moralidade administrativa. Nota-se de pronto substancial diferença. Dado agente pode violar a moralidade administrativa e nem por isso violará necessariamente a probidade, se na análise de sua conduta não houver a previsão legal tida por ato de improbidade⁵.

José Afonso da Silva corrobora nos seguintes termos:

A probidade administrativa é uma forma de moralidade administrativa que mereceu atenção especial da Constituição que pune o ímprobo com suspensão de direitos políticos (art. 37, §4º). [...] Cuida-se de uma imoralidade administrativa qualificada. A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou outrem⁶.

Para o Supremo Tribunal Federal⁷, “a probidade administrativa é o mais importante conteúdo da moralidade administrativa, donde o modo particularmente severo como a Constituição reage à violação dela”.

Segundo a doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos⁸, na improbidade administrativa,

⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 46.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.669.

⁷ Vide AP 409, rel. Min. Ayres Britto, DJE 1º jul. 2010.

⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*: comentários à lei nº 8429/92. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 31.

o agente público pratica ato comissivo ou omissivo com devassidão (imoralidade), por meio de uma conduta consciente e dolosa. É a prática de ato lesivo ao erário ou que demonstre uma imoralidade qualificada.

Fábio Medina Osório⁹ relaciona a improbidade administrativa com a “dimensão subjetiva da imoralidade”, qual seja, de “censura ética e de valorização de comportamentos proibidos”.

Pode-se dizer, então, que ímprobo é o agente público que se comporta em desacordo com a moralidade administrativa. Improbidade, por sua vez, é a imoralidade administrativa qualificada, em razão do comportamento proibido, desonesto e devasso do agente público.

Aristides Junqueira Alvarenga¹⁰ explica que

essa qualificação da imoralidade administrativa aproxima a improbidade do conceito de crime, não tanto pelo resultado, mas principalmente pela conduta, cuja índole de desonestidade manifesta a devassidão do agente.

A Lei 8.429/92, que visa proteger o patrimônio público, determina, nos artigos 9º, 10 e 11, as modalidades de atos de improbidade administrativa: enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou infração aos princípios da Administração Pública. Há, portanto, uma classificação tripartite dos atos de improbidade administrativa. Daí descrever atos de improbidade administrativa como os

⁹ OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 152.

¹⁰ ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (org). *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.88.

praticados por agentes públicos, com dolo ou culpa, no exercício de sua função administrativa, que importe em enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou infração aos princípios que norteiam a Administração Pública¹¹.

Na classificação tripartite dos atos de improbidade administrativa, o enriquecimento ilícito, previsto no artigo 9º da Lei 8429/92, consiste em obter, dolosamente, vantagem patrimonial indevida, em razão do exercício da função pública. O qualificativo patrimonial, para Edílson Nobre Júnior¹², impõe que se cuide de vantagem de cunho econômico, não se vislumbrando como ato de improbidade administrativa aquele do qual resultou vantagem não econômica. E indevida, por sua vez, é a vantagem que não encontra motivo hábil a justificá-la.

A lesão ao erário público, conforme disposto no artigo 10 da Lei 8.429/92, consiste em causar, dolosa ou culposamente, dano ao erário público, em razão do exercício da função pública. Erário público significa tesouro público, ou seja, dinheiro arrecadado pelo Estado no exercício de sua competência tributária ou outros bens ou valores de valor econômico do Estado.

No tocante à configuração da lesão ao erário, Edílson Nobre Júnior¹³ descreve condutas de que decorram perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e entidades mencionadas no artigo 1º da Lei 8.429/92. A hipótese de dano moral somente poderá ser cogitada quando dos atos enumerados no artigo 11 da Lei 8429/92.

Por fim, a ofensa aos princípios da Administração

¹¹ GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2010. p.35.

¹² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p.70, jan./mar. 2004.

¹³ *Ibid*, p. 70-71.

Pública, com previsão no artigo 11 da Lei 8.429/92, trata de tipo subsidiário ou de reserva, que incide apenas se não ocorrer enriquecimento ilícito ou lesão ao patrimônio público. Consiste em, dolosamente, violar os princípios da Administração Pública. A respeito do artigo 11 da Lei 8.429/92, arremata Edílson Nobre Júnior:

[...] relaciona como de improbidade administrativa atos atentórios aos princípios retores da Administração Pública. Consistem em ação ou omissão capazes de violar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade das instituições, à medida que colidam com os postulados balizadores da Administração Pública, cuja enunciação consta do art. 37, caput, da Lei Máxima¹⁴.

Imperioso advertir que a mera inobservância do princípio da legalidade não tem o condão de configurar ato de improbidade administrativa previsto no artigo 11 da Lei 8.429/92 se não estiver acompanhado de desonestidade para com o aparato administrativo. Afinal, como visto alhures, a improbidade administrativa é uma imoralidade administrativa qualificada por punir o agente público desonesto.

2 Educação: norma definidora de direitos

A racionalidade, qualidade intrínseca da pessoa humana, é expressão da ação consciente do homem sobre as coisas e sobre si. Segundo Carlos Roberto Jamil Cury¹⁵, constitui a marca registrada do homem, que não se cristaliza no tempo, pois implica na produção de novos espaços de conhecimentos.

¹⁴ NOBRE JUNIOR, op cit., p.72.

¹⁵ CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). *Carlos Roberto Jamil Cury: intelectual e educador*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 117.

Daí a necessidade de o Estado garantir, pela educação, essas “dimensões estruturais coexistentes na própria consistência do ser humano”, que o humaniza.

A educação consiste em direito fundamental social, incluída no rol do art. 6º e consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento de uma pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Por direito fundamental social deve-se entender direito inerente ao homem, inserido na Constituição como norma constitucional. O direito à educação, portanto, não foi positivado na Constituição para ser formalmente reconhecido, mas para ser concretamente efetivado.

É que os preceitos constitucionais relativos ao direito à educação não são normas programáticas, mas normas definidoras de direitos. Nesse sentido, dispõe, expressamente, o artigo 205 (*A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*) c/c §1º do artigo 208, da Constituição Federal de 1988 (*O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*).

Para Andreas J. Krell,

Os Direitos Fundamentais Sociais à Educação não são normas “programáticas”, mas foram regulamentados através do estabelecimento expresso de deveres do Estado e, correspondentemente, de direitos subjetivos dos indivíduos. O Direito à Educação é definido como dever do Estado e da família (art. 205). O art. 208 especifica que este dever do Estado “será efetivado mediante a garantia de (...)”, enumerando, em seguida, uma série de metas ou objetivos a serem alcançados. O seu §1º diz

que o acesso ao ensino obrigatório é gratuito e um direito público subjetivo¹⁶.

Em defesa do direito à educação como norma definidora de direitos, assevera Vidal Serrano Nunes Júnior,

[...] a Constituição delimita, em tintas fortes, o propósito de gerar aos indivíduos uma prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível. Por isso, a própria Carta, desde logo, se dá pressa e literalmente atribui ao Estado o correlato dever de prestar a atividade necessária à concretização do direito atribuído. Note-se que nesta ocorrência existe uma clareza normativa sem igual: definiu-se a prerrogativa subjetiva, com identificação incontroversa de quem pode exercê-la, o objeto e quem possui o dever jurídico de prestá-lo, no caso, o Poder Público¹⁷.

Nos termos do disposto no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, há uma obrigação constitucional ao Estado de criar condições objetivas para efetivação do direito à educação. Essa realização, contudo, não constitui uma opção política do governante, nem uma avaliação meramente discricionária da Administração Pública; ao contrário, trata-se de uma imposição do próprio texto constitucional, de caráter vinculante. Entre elas encontram-se a obrigatoriedade de recursos destinados à educação e a obrigação de um Plano Nacional de Educação, a fim de que tais recursos tenham destinação e acompanhamento adequados.

¹⁶ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 33.

¹⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p.123.

Vale ressaltar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 594.018-AgR, a respeito da educação, a saber:

A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição (RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, DJE 7/8/2009).

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado tem dever político-jurídico impostergável de promover, facilitar e oferecer educação a todos, indistintamente. Inclusive, possui dotação orçamentária para tanto, pois o ordenamento constitucional estabelece, expressamente, a vinculação de receitas orçamentárias para gastos específicos com a educação. É o que dispõe a norma impositiva do artigo 212 da Constituição de 1988, que será abordada em seguida.

4 Vinculação de receitas públicas para educação

Em matéria de educação, a vinculação de receitas orçamentárias, de acordo com Romualdo Portela Oliveira, consiste na “previsão, no texto constitucional, de uma alíquota mínima da receita de impostos a ser aplicada em educação¹⁸”.

Essa vinculação constitucional de receitas orçamentárias prioriza, aprimora e fortalece a educação escolar, no contexto das políticas públicas, garantindo a sua efetivação na medida

¹⁸ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O financiamento da educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (Org). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da Constituição Federal e da LDB*. 3. ed. São Paulo: Xamã, 2007. p. 89.

em que exige dos governantes a aplicação de um mínimo de recursos na educação independente de mudanças políticas.

Nos termos do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, a

União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A respeito da importância do dispositivo legal do artigo 212 para salvaguarda do direito à educação, Manoel Gonçalves Ferreira Filho realça:

No desiderato de garantir para o ensino recursos vultosos, o texto constitucional vincula parcela da arrecadação de impostos (e não de outros tributos), inclusive a transferência (de impostos) à manutenção e desenvolvimento do ensino. [...] A aplicação da parcela, prevista neste artigo, deve ser na manutenção, quer dizer, no custeio do ensino, ou no seu desenvolvimento, o que engloba a ampliação do sistema de ensino e o seu aprimoramento¹⁹.

O artigo 69 da LDB (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9394/96) disciplina tal vinculação de forma mais detalhada:

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita

¹⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. v. 4. Arts. 170-245. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 78-79.

resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

Vale dizer que os Estados do Rio Grande do Sul (artigo 202) e do Rio de Janeiro (artigo 314) ampliaram, nas suas Constituições estaduais, a alíquota para vinculação de recursos para educação para 35%, e os Estados do Piauí e de São Paulo (artigo 255), para 30%. A vinculação de recursos para educação na Lei Orgânica do Município de São Paulo, por exemplo, é de, no mínimo, 31% (artigo 208).

Qual o teor da expressão manutenção e desenvolvimento do ensino?

Diferente do artigo 156 da Constituição de 1934, que se valia da denominação manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos, a atual expressão “manutenção e desenvolvimento do ensino” aparece, pela primeira vez, no artigo 169 da Constituição de 1946 (*Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino*), mantendo-se no artigo 212 do texto constitucional vigente.

No conceito doutrinário de manutenção e desenvolvimento do ensino, como explica Motauri Cioccheti de Souza²⁰, por manutenção deve-se compreender a continuidade, a preservação, custeio da estrutura material e humana necessária ao funcionamento do sistema educativo e por desenvolvimento, o significado de evolução, ampliação, aprimoramento da estrutura, de oferta contínua de novas técnicas e metodologias destinadas à efetiva democratização do ensino e constante melhoria.

Há, contudo, um conceito legal de despesas em manutenção e desenvolvimento do ensino trazido pelo

²⁰ SOUZA, op. cit., p.140-141.

artigo 70 da LDB, considerando-as, de modo geral, como as realizadas para satisfação dos objetivos básicos das instituições educacionais, incluindo, num rol meramente taxativo, várias situações:

- I- remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II- aquisição, manutenção, construções e conservação das instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III- uso e manutenção de bens ou serviços vinculados ao ensino;
- IV- levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando aperfeiçoamento da qualidade e expansão do ensino;
- V- realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI- concessão de bolsas de estudos a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII- amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII- aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar

O artigo 212, §4^o²¹ da Constituição de 1988 exclui, expressamente, da vinculação constitucional de recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino, as despesas como os programas suplementares de alimentação e a assistência à saúde, sendo, pois, financiados por contribuições sociais ou outros recursos orçamentários. O artigo 71 da LDB, de forma exemplificativa, também exclui desse percentual algumas situações, como as despesas realizadas com escolas de governo (inciso III), asfaltamento de rua onde se situa escola (inciso V):

²¹ Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

- I- pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou a sua expansão;
- II- subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III- formação de quadros especiais para administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV- programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras de assistência social;
- V- obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI- pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino

Importante destacar a impropriedade do uso da expressão “vinculação” no artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

O termo vinculação, do latim *vinculum*, quer dizer laço, liame, ligação ou elo. No sentido jurídico, significa também aliança, conexão entre duas ou mais coisas ou pessoas, tornando-as relacionadas. Dentro do sistema orçamentário e financeiro, vinculação de receitas refere-se às receitas que possuem uma destinação especificada. Para que haja vinculação, é importante estabelecer, na expressão de André Castro Carvalho²², um “elo normativo entre fonte e destino”.

Na vinculação não há preocupação com a obrigatoriedade no gasto *no mesmo exercício financeiro*. A receita legalmente vinculada a uma finalidade específica deve ser utilizada exclusivamente para atender essa finalidade específica, ainda que em diverso exercício financeiro. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal²³ (LC nº

²² CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.120. w

²³ Os recursos legalmente vinculados à finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso.

101/2000). Vincula-se, portanto, a fonte ao seu destino. O que a vinculação não admite é a tredestinação, ou seja, o desvio de finalidade, a transmutação do fim, a destinação desconforme, que importe na alteração da predeterminação do gasto.

André Castro Carvalho apresenta exemplo interessante para elucidar a vinculação de receitas, nos seguintes termos:

[...] pode-se cogitar uma hipotética vinculação de 10% sobre receita de um tributo incidente sobre combustível e destinada a um fundo de fomento à infraestrutura: nesse caso, não há obrigatoriedade do gasto anual desses recursos. O ente federativo pode, por exemplo, decidir acumular o montante de verbas no fundo para daqui a dois anos construir um rodovia transnacional, ou, então, modernizar todos os aeroportos do País. Mas, para tanto, pode ser que precise auferir mais recursos que ultrapassem o exercício financeiro²⁴.

Normalmente, as vinculações de receitas se materializam nos Fundos Específicos. De acordo com artigo 71 da Lei 4.320/64, por Fundos Específicos deve-se entender receitas especificadas, criadas por lei, para realização de determinados objetivos ou serviços, como o FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação), regulamentado pela Lei 11.494/07. Afinal, conclui André Castro Carvalho²⁵, “como as vinculações têm seus propósitos predeterminados, os fundos são ferramentas úteis para operacionalizá-las”.

Contudo, o termo vinculação não se confunde com despesas obrigatórias. Nas despesas obrigatórias, como o próprio nome diz, há preocupação com a obrigatoriedade no gasto. Nos comandos constitucionais que estabelecem despesas obrigatórias, o ente federativo tem o encargo de *gastar o mínimo*

²⁴ CARVALHO, op. cit., p.120.

²⁵ Ibid., p.234.

percentual de receita num exercício financeiro determinado. É o que se dá com as receitas de impostos remetidos obrigatoriamente à manutenção e desenvolvimento do ensino que, nos termos do artigo 212, estabelece para União o dever de aplicar, no mínimo, 18% e para os Estados, Distrito Federal e aos Municípios, 25%.

A respeito do critério diferenciador entre vinculação de receitas e despesas obrigatórias, André Castro Carvalho assevera:

[...] há, em nossa opinião, um critério diferencial que separa vinculação de receita de despesas obrigatórias. O fator preponderante é, justamente, a obrigatoriedade no gasto. A despesa obrigatória, conforme o próprio nome diz, obriga ao gasto no exercício financeiro, diferentemente da vinculação. Esta, por outro lado, apenas estabelece um elo normativo entre uma fonte e destino²⁶.

Embora a regra do artigo 212 da Constituição Federal de 1988 trate de despesas obrigatórias mínimas para educação e não, propriamente, de vinculação, porque há, na verdade, obrigatoriedade no gasto, o presente trabalho tratará como sinônimas, já que existe um propósito maior nessa regra que precisa ser revelado: a não vinculação ou destinação constitucional de recursos para educação ou desvio destes para outras áreas da administração implica em má-gestão pública, desonestidade funcional, imoralidade qualificada, que solapa o direito fundamental à educação, incorrendo em ato de improbidade administrativa.

²⁶ CARVALHO, op. cit., p.120.

5 Ato de improbidade administrativa ofensivo aos princípios da Administração Pública

O não cumprimento integral do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, ou seja, o desvio dos recursos vinculados à educação ou a aplicação em níveis inferiores ao constitucionalmente determinado, poderá configurar ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei 8.429/92, exigindo-se, para tanto, prova incontestável da conduta desonesta e do dolo do agente público, aplicando-se ao ímprobo as sanções legais cabíveis. Embora não haja enriquecimento ilícito, nem vantagem indevida, essa situação incorrerá em flagrante violação dos princípios da legalidade e da moralidade que regem a Administração Pública.

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa, que atenta contra os princípios da administração pública, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de cumprimento da lei, honestidade, imparcialidade, lealdade às instituições e notadamente:

I– praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;

II– retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III– revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV– negar publicidade aos atos oficiais;

V– frustrar licitude de concurso público;

VI– deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII– revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Como preconiza o artigo 11 da Lei 8.429/92, todo agente público que comportar-se em desacordo com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade, estará incorrendo em ato de improbidade administrativa, porque tais valores estão relacionados com os princípios da Administração Pública. É o que explica Roberto Decomain:

De toda sorte aqueles valores ou coincidem diretamente com princípios constitucionais da Administração ou estão nitidamente compreendidos neles. A legalidade é expressamente referida no *caput* do artigo. A honestidade, ali também presente, é marca característica da quebra do princípio constitucional da impessoalidade. Por fim, a lealdade às instituições gravita também na órbita da moralidade administrativa. Quem é desleal para com a entidade estatal em nome da qual ou para a qual atua, agride a moralidade administrativa²⁷.

No mesmo sentido, dispõe Marcelo Figueiredo:

Infringe o dever de honestidade o agente que mantém conduta incompatível com a moralidade administrativa. Infringe o dever de imparcialidade aquele que atenta contra a impessoalidade [...]. Infringe a legalidade o agente que não age rigorosamente segundo a lei (sentido amplo) – administrar é aplicar a lei de ofício. Desleal é o agente que infringe um desdobramento do princípio da moralidade administrativa. Pode ser desleal de várias formas: revelando fatos ou situações reservadas ao âmbito da Administração (incisos III e VII), induzindo em erro, no exercício de suas atividades, as instituições a que serve²⁸.

²⁷ DECOMAIN, op. cit., p.142-143.

²⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p.119.

Não obstante, nem todo ato comissivo ou omissivo cometido pelo agente público, que fere os princípios constitucionais da Administração Pública, será considerado improbidade administrativa. Para sê-lo, é necessário fazer prova da má-fé do servidor público, da sua conduta desonesta, no evidente propósito de lesionar o patrimônio público, pois a Lei 8.429/92 possui sanções severas que não devem ser aplicadas de forma arbitrária, sem prova detalhada da violação dos deveres de honestidade, imparcialidade legalidade e lealdade.

Para Marcelo Figueiredo, há uma impropriedade na literalidade do artigo 11 da Lei 8.429/92, pois nem sempre um ato contrário ao princípio da legalidade será imoral.

Deveras, novamente, a lei peca por excesso ao equipar o ato ilegal ao ato de improbidade administrativa; ou, por outra, o legislador, invertendo a dicção constitucional, acaba por dizer que ato de improbidade pode ser decodificado como toda e qualquer conduta atentória à legalidade, lealdade, imparcialidade etc. Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade²⁹.

Não é correto, portanto, reduzir a improbidade administrativa à mera violação do princípio da legalidade administrativa. Para alcançar a esfera de ato ímprobo enquadrado no artigo 11 da Lei 8.429/92, a conduta do agente público deve extrapolar o campo da mera ilegalidade administrativa. Exige-se um *plus*, um desvio de caráter, a má-fé, que constitui essência da imoralidade qualificada.

Marino Pazzaglini Filho³⁰ ressalta que a “ilegalidade não é sinônima de improbidade e a ocorrência daquela, por si só,

²⁹ FIGUEIREDO, op cit., p.117.

³⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002. p.102.

não configura ato de improbidade administrativa”. Então, os atos ilegais que

não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que decorrem da inabilitação ou despreparo escusáveis do agente público, não configuram improbidade administrativa.

Para Mauro Roberto Gomes de Mattos,

[...] o ato administrativo que agride os princípios constitucionais (art. 11 da Lei nº 8429/92) deverá ser imoral, configurado por uma desonestidade intencional, desatrelada de peculiaridades pessoais negativas, como a inabilidade e o despreparo cultural do agente público, que não dão azo à ação de improbidade. O ato de improbidade administrativa transcende a ilegalidade do ato para penetrar se houve ou não boa-fé, quando da atuação pública, pois ela se presume, sendo certo que a má-fé terá que ser provada. [...] Assim, a prática de ato administrativo só adquire o *status* de ímprobo quando a conduta antijurídica ofende os princípios constitucionais que são direcionados para a Administração Pública, coadjuvados pela má-fé do agente público, através de um ato desonesto³¹.

Em contrapartida, Benedicto de Tolosa Filho preconiza que:

Os chamados atos falhos, ou seja, aqueles que embora colidam com os princípios da Administração Pública foram praticados com boa-fé e não lesionaram o patrimônio público ou ainda as falhas formais de pequeno significado podem ser relevados sob pena de invalidar a Administração, nem sempre confiada a agentes capazes e efetivamente treinados³².

³¹ MATTOS, op. cit., p.378-379.

³² TOLOSA FILHO, Benedicto. *Comentários à lei de improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 148-149.

Considera-se o artigo 11 da Lei 8.429/92 como tipo subsidiário ou de reserva, sendo aplicado somente quando não configurada as hipóteses de enriquecimento ilícito ou de lesão ao erário. Além disso, o referido dispositivo legal deve ser informado pela conduta desonesta e pelo elemento subjetivo consubstanciado, para maioria da doutrina, no dolo genérico do agente público, que requer vontade manifesta de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade.

Vale lembrar que a responsabilidade por ato de improbidade administrativa é sempre subjetiva, dependendo, portanto, da presença do dolo na conduta do agente público.

Nas observações de Eurico Bitencourt Neto,

[...] pode inexistir resultado material danoso – enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário – e, ainda assim estar configurado ato de improbidade administrativa. Neste caso, também fundamental tenha havido dolo, já que a norma tem em vista é a desonestidade, a deslealdade, a má-fé do agente público para com os valores essenciais do sistema jurídico. A violação dos deveres fundamentais, para que cause dano ao patrimônio moral do Estado, deve ter consigo o comportamento desonesto do administrador público. Desonestidade pressupõe intenção³³.

A respeito do dolo genérico na conduta do agente público, o Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

Ainda que se admita a necessidade de comprovação desse elemento subjetivo, forçoso reconhecer que o art. 11 não

³³ BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.114.

exige dolo específico, mas genérico: “vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora”. Nessa linha, é desnecessário perquirir a existência de enriquecimento ilícito do administrador público ou o prejuízo ao Erário. O dolo está configurado pela manifesta vontade de realizar conduta contrária aos deveres de honestidade e legalidade, e aos princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade (REsp 765.212/AC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2 mar. 2010, acórdão pendente de publicação).

Pode-se concluir que, para configuração do disposto no artigo 11 da Lei 8.429/92, devem estar presentes, na expressão de Mauro Roberto Gomes de Mattos³⁴, os seguintes requisitos: ação ou omissão do agente público que viole princípios éticos (constitucionais) da Administração; comportamento funcional devasso, desonesto, de má-fé, caracterizado por um ato ilícito ou ilegal; dolo, caracterizado pela manifesta vontade omissiva ou comissiva de violar princípio constitucional regulador da Administração.

Na falta de qualquer desses requisitos, portanto, não há que se falar em ato de improbidade administrativa.

6 A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

O chefe do Poder Executivo que não observa o percentual mínimo de receitas na manutenção e desenvolvimento de ensino despreza norma cogente do artigo 212 da Constituição Federal de 1988 e viola, diretamente, o princípio da legalidade administrativa, que exige do administrador fiel execução à lei. Inegável que esse desvio de verbas acaba por lesionar, sobretudo, importante direito fundamental da pessoa humana:

³⁴ MATTOS, op. cit., p.376-377.

a educação.

Diante dessa conduta ilícita, estaria o mesmo cometendo ato de improbidade administrativa punível com as sanções severas do artigo 12 da Lei 8.429/92? Essa é uma questão polêmica.

Como exposto, a Lei 8.429/92, que regulamenta o §4º do artigo 37 do Texto Fundamental, foi criada com o propósito de punir exclusivamente o administrador desonesto. Por desonestidade deve-se entender o “desvio de conduta do agente público que, no exercício indevido de suas funções, afasta-se dos padrões éticos morais da sociedade³⁵”. O comportamento do agente público considerado ímprobo, que revela má-fé na gestão da coisa pública, deve, portanto, extrapolar o campo da ilegalidade administrativa.

Ora, quando o administrador público se omite do dever constitucional de aplicar recursos na educação ofende a legalidade e, sobretudo, a moralidade administrativa, que constituem princípios basilares da Administração Pública com previsão no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Consabido, a inobservância desses princípios constitucionais constitui ato de improbidade administrativa tipificado no artigo 11 da Lei 8.429/92.

Partindo-se do pressuposto de que a desonestidade funcional, que importa num comportamento devasso do administrador, constitui conduta dolosa sem a qual não há improbidade administrativa, para o presente trabalho está presumido o dolo do chefe do Poder Executivo que, com o desvio das receitas destinadas para educação, fere norma constitucional mandamental do artigo 212 e despreza direito inerente ao homem, fundamental, por se tratar de dolo administrativo, submetendo-o, incontestemente, às sanções severas do artigo 12 da Lei 8.429/92.

³⁵ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 2611.

Não é demais afirmar, sempre que há violação aos direitos fundamentais tem-se configurado ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório³⁶ infirma que

toda improbidade pressupõe agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má-gestão pública em modalidades de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave influência funcional, não importa.

O denominado dolo administrativo resta configurado sempre que o agente público vulnera, de modo intolerável, as normas constitucionais veiculadoras de proteção aos direitos fundamentais. Esse elemento subjetivo se perfaz acabado nas hipóteses de transgressão funcional, como aquela em que o chefe do Poder Executivo deixa de aplicar ou aplica insuficientemente percentual de receitas de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

A respeito de dolo administrativo, dispõe Fábio Medina Osório:

Um administrador atua ou pode atuar, dolosamente quando, de modo deliberado, vulnera, porque quer vulnerar, normas legais para satisfazer fins ilícitos, sejam públicos ou privados. O estilo autoritário do administrador que atropela o Estado de Direito, eis aí algo que pode marcar o dolo administrativo. [...] Quando se percebem sinais de má-fé, ou de ignorância inescusável e grosseira, emergem sinais de atuação dolosa. Não se trata de dolo tradicional, uma intenção necessariamente ostensiva ou vinculada à perseguição de objetivos de enriquecimento ilícito. O dolo de que se cogita aqui é mais sutil, sofisticado, delineando posturas autoritárias, prepotentes, vingativas, rancorosas ou simplesmente

³⁶ OSÓRIO, op. cit., p.264.

estúpidas³⁷.

Contudo, nem toda jurisprudência de Tribunais Superiores corrobora desse mesmo entendimento.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a não vinculação de receitas na educação só será considerada ato de improbidade capitulada no artigo 11 da Lei 8429/92 se configurada, com prova irrefutável, a conduta do agente e o dolo genérico, sob pena de descaracterizá-lo, como se depreende do seguinte ementário:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LEIN. 8.429/92 - LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS - AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO - ATO DE IMPROBIDADE NÃO CONFIGURADO - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - SÚMULA 07/STJ.

1. Em relação à alegada violação do princípio da legalidade, a tese construída pelo recorrente, de que “*a aplicação de recursos na educação em níveis inferiores ao constitucionalmente determinado*” (fl. 369) configurou, por si só, ato de improbidade administrativa demandaria, na forma com apresentada, o revolvimento fático-probatório dos autos - procedimento vedado pelo enunciado sumular 7/STJ.

2. O Tribunal a quo fundamentou seu entendimento, ao concluir que não existem dolo ou culpa na conduta do agente, má-fé, e muito menos prejuízo ao erário, e deduziu que o ato não se amoldaria ao art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

3. É indispensável, para a caracterização do ato de improbidade administrativa descrito nos arts. 9 e 11 da Lei n. 8429/92, a existência de dolo genérico, consubstanciado na “*vontade de realizar fato descrito na norma incriminadora*” (REsp 765.212/AC. Rel.

³⁷ Ibid., p.249-250.

Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 2.3.2010, acórdão pendente de publicação).
Agravo regimental improvido (AgRg no recurso especial nº 752.272 – GO, rel. Min. Humberto Martins, DJ 25 maio 2010).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. nº 0168404-39.2008.8.26.0000, a respeito da aplicação de percentual inferior ao mínimo constitucional destinado ao ensino (25%) por um ex-prefeito do Município de São José da Bela Vista, reconheceu que não há ato de improbidade administrativa sem má-fé reveladora da desonestidade e que a falta de específica comprovação de dolo ou má-fé para a qualificação do ato como de improbidade está superada. Nesses termos, segue trecho da decisão:

Repita-se, em resumo, para todas as infrações atribuídas nestes autos ao apelante, que nem toda ilegalidade configura improbidade (afinal, “*improbidade administrativa pressupõe um ato ímprobo, desonesto, eivado de má fé*”: Ap. nº 0018692- 23.2008.8.26.0566, rel. Des. Franklin Nogueira, j. 22/02/2011), pois é preciso, neste passo, avaliar as infrações à luz da Lei de Improbidade Administrativa, considerando, inclusive, o elemento subjetivo indispensável às sanções.

E, nesse exame, além da ausência de desvio ou apropriação de verba pública, de vantagem patrimonial própria e de prejuízo ao erário, impõe-se reconhecer a falta de específica comprovação de dolo ou má-fé ônus probatório do Ministério Público, para a qualificação dos atos como de improbidade, lembrando-se que a orientação anterior que dispensava a má-fé, na hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/92 (STJ, REsp 880662/MG, rel. Min. Castro Meira, j. 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p 255) está superada [...]. Equívocos orçamentários, dúvidas de interpretação, falhas de gestão administrativa, falta de detalhamento ou da melhor opção decisória na Administração Pública, enfim, podem, de fato, no máximo,

indicar irregularidades, mas daí afirmar ocorrência de ato ímprobo, marcado pela má-fé, vai uma boa distância. Logo, sem má-fé reveladora de desonestidade, não há ato de improbidade (TJ/SP. 1ª Câmara de Direito Público. Ap.nº 0168404-39.2008.8.26.0000, rel. Des. Vicente de Abreu Amadei, j. 4 out. 2011).

Em contrapartida, decisão do mesmo Tribunal de Justiça de São Paulo, na Ap. n 388.141.5/2-00 que, diante do desvio de percentual mínimo reservado ao ensino para outras despesas, condenou o ex-prefeito do Município de São José da Bela Vista por ato de improbidade administrativa incurso no artigo 11 da Lei 8.429/92, com o seguinte fundamento:

Não tem o Administrador Público poderes discricionários para descumprir mandamento impositivo da Constituição, ainda que em ‘pequena proporção’. A alegação de que pode ter incorrido defesa do administrador público pelo fato (alegado) de não receber DOE é inconsistente. O pagamento de despesas de anteriores administrações também em nada auxilia. A fls. 26 consta a aquisição (consideradas despesas inelegíveis) de bola de futebol, medalhas, troféus, redes etc., retenção de INSS de 1998, FGTS de 1997 etc.

Curioso adimplir gastos com FGTS, INSS de exercícios anteriores, adquirir bolas e medalhas com recursos do... ensino. Cuidou-se de diminuir os gastos administrativos? Houve redução de cargos de provimento em comissão? Veículos? Mas o ensino, este sim, tão necessário ao país, foi prejudicado (TJ/SP, Ap.n 388.141.5/2-00, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 11 maio 2011).

Não obstante, importante destacar o projeto de lei que dispõe sobre a criação da Lei de Responsabilidade Educacional (PL 5580/05), de autoria de Paulo Delgado, que altera a redação do artigo 11 da Lei 8.429/92 para incluir o inciso VIII,

no sentido de prever como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública o não cumprimento do percentual mínimo de receita resultante de impostos, compreendida proveniente de transferências na manutenção e desenvolvimento de ensino.

Com a aprovação da Lei de Responsabilidade Educacional, o artigo 11 da Lei 8429/92, passa a ter seguinte redação:

Art. 11.

I

II.....

III.....

IV.....

VI.....

VII.....

VIII- deixar de aplicar, a autoridade e o agente público, direta ou indiretamente responsável, o percentual constitucional mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Trata-se de uma iniciativa louvável que ressalta, com tintas fortes, a existência da educação como núcleo de direito fundamental, intangível, que não pode ser preterido pelos gestores públicos sob a falsa alegação de insuficiência de recursos orçamentários. A não aplicação de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino constitui, nos termos do projeto de lei, ato de improbidade administrativa capitulado no inciso VIII do artigo 11 da Lei 8.429/92.

Todavia, recentemente, o projeto da Lei de Responsabilidade Educacional foi arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, numa atitude que revela, de forma explícita, o desprezo dos nossos legisladores pela efetividade do direito fundamental à educação.

7 Conclusão

No ordenamento jurídico nacional, a educação constitui direito fundamental social consagrada no artigo 205 da Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento de uma pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Não se trata de uma promessa constitucional. O Estado tem o dever político-jurídico impostergável de promover, facilitar e oferecer educação a todos, indistintamente. Inclusive, possui dotação orçamentária para tanto, pois o ordenamento constitucional estabelece, expressamente, a vinculação de receitas orçamentárias para gastos específicos com a educação.

Por ser direito fundamental, a omissão governamental na vinculação de percentual mínimo de receitas de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino, como previsto na norma do artigo 212 da Constituição Federal de 1988, implica num comportamento proibido e desonesto do gestor público, que descumpre um dever político-jurídico, solapa as regras internas de boa administração, cabendo, portanto, responsabilizá-lo por ato de improbidade administrativa nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/92, porque viola princípios básicos da Administração Pública.

Diante da apuração minuciosa e detalhada da conduta ilícita do agente público, que deixa de aplicar ou aplica insuficientemente recursos na área de educação, o que pode ser feito, inclusive, pelo Tribunal de Contas em regular auditoria, resta comprovado ato de improbidade administrativa, pois evidente o dolo administrativo, que exige do administrador o

conhecimento da ilicitude do ato praticado e isso ele o tem quando deixa de cumprir o disposto no artigo 212 da Lei Fundamental.

Entender o contrário significa ser conivente com o uso irregular de recursos públicos, com a desonestidade e corrupção, estimulando o chefe do Poder Executivo ímprobo a agir contra os princípios da legalidade e moralidade administrativa que regem todo aparato administrativo.

Tal como o filósofo Diógenes que, com sua lanterna, “deu expressão a seu pensamento, preferindo mostrá-lo e exemplificá-lo através de ações e de gestos a dar um apanhado lingüístico dele³⁸”, buscar-se-á, com o presente trabalho, a penalização por improbidade administrativa de qualquer governante que não cumprir o determinado no artigo 212 da Constituição Federal de 1988.

Afinal, a omissão na aplicação de recursos no ensino representa, incontestemente, conduta ilegal, ilícita e ímproba, com presumível dolo administrativo, que despreza direito fundamental à educação, núcleo intangível da Constituição, sem o qual o homem não sobrevive.

The non-binding constitutional government revenue for education as an act of improper conduct

Abstract: The budgets not constitutional linked to keep and develop the teaching, based on article 212 of the Constitution of 1988, hurt the fundamental right to Education and it claims to responsibility of the Executive Power in charge related to the poor management of the public thing. It is a forbidden and dishonest behavior, immoral qualified, that results an act of administration improbidity, as seen in the article 11 of the law 8.429/92, because it insults principles of legality and morality of the Public Administration. Although majority of the

³⁸ NAVIA, Luis E. *Diógenes*, O cínico. São Paulo: Odysseus, 2009. p.159.

doctrine and jurisprudence demand evidence of the wrong procedure by the public agent in order to punish, someone understands that the lack of money applied to teaching or the application of less than that one written in the Constitution is, undoubtedly, procedure related to the dishonesty, because it violates the fundamental right to Education and thus, it is an act of improbidity with a presumptive administrative fraud.

Keywords: Administration improbidity. Education.

Referências

ALVARENGA, Aristides Junqueira. Reflexões sobre a improbidade administrativa no direito brasileiro. In: BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FILHO, Pedro Paulo (Org). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. In: VEIGA, Cynthia Greive (Org.). *Carlos Roberto Jamil Cury. Intelectual e Educador*. Belo Horizonte: Autêntica, 2010. p. 103-118.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. B.Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, 4. v. Arts. 170-245. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABRIEL, Ivana Mussi. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2010.

A não vinculação constitucional de receitas públicas para educação como ato de improbidade administrativa

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 10. ed. Paris: Sirey, 1921.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da improbidade administrativa: comentários à lei nº 8429/92*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

NAVIA, Luis E. *Diógenes, O cínico*. São Paulo: Odysseus, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Improbidade Administrativa: alguns aspectos controvertidos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, p. 61-91, jan./mar. 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O financiamento da educação. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; ADRIÃO, Theresa (Org). *Gestão, financiamento e direito à educação: análise da Constituição Federal e da LDB*. 3. ed. São Paulo: Xamã, 2007. p. 83-122.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAZZAGLINI Filho, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Motauri Ciocchetti. Direito da educação. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano (Org.). *Manual de direitos difusos*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 87-144.

Ativismo Judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal

*Isaac Sabbá Guimarães**

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos epistemológicos acerca da Discricionariedade judicial. 3 Constitucionalização dos problemas jurídicos e Ativismo Judicial. 4 A política criminal ditada pelo Ativismo Judicial. 5 Considerações finais. Referências.

Resumo: Este artigo pretende demonstrar as raízes do Ativismo Judicial brasileiro, como fenômeno proporcionado pela deturpada compreensão da aplicação dos princípios jusfundamentais, colocando em destaque, por um lado, sua incongruência com a ideia de Discricionariedade Judicial, por outro, a produção de uma irreal política criminal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Discricionariedade. Política Criminal.

1 Introdução

A última onda (*vague*) de constitucionalização moderna, a quarta segundo Hauriou, terá ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, sendo consequência do movimento de

* Doutor pela Università Degli Studi di Perugia. Doutor em Ciências Jurídicas pela UNIVALI. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Promotor de Justiça em Santa Catarina.

descolonização (HAURRIOU, 1968, p. 79). Depois disso, parece haver um declínio do constitucionalismo, que coincide, por um lado, com o processo de transformações econômicas do século XX que dão os contornos da Globalização; por outro, quem sabe como fator amalgamado a este, o fenômeno associa-se à crise do Estado que, agigantado em suas funções de satisfação do bem-estar social, já não atua somente por meio do poder político, mas cede espaço às intervenções de políticas não governamentais. Sob este aspecto, o Estado será um ente político bem mais complexo do que definiu Kelsen ao preconizar a teoria da interação, segundo a qual o Estado seria resultante da unidade social e da unidade jurídica (KELSEN, 2005, p. 265): a abertura (circunstancial e necessária) aos espaços transnacionais de política, Direito e economia, enfraquecem algumas das bases estabelecidas na Constituição, como a ideia de soberania, e, claro, as próprias instituições, como o legislativo.

Diante de um legislativo cooptado pela circunstância política – que, aliás, atinge inclusive a ideia de democracia em razão de não se verem quadros ideológicos e programáticos bem definidos entre os partidos políticos –, que desemboca na apatia, senão no imobilismo, os Juízes nacionais têm engrossado as fileiras contramajoritárias, atuando em áreas que, a rigor, competiriam ao Congresso, mas sob os pretextos da emergência e da discricionariedade que é ínsita à judicatura. Para preencherem os espaços vazios deixados nas Leis ou pela falta delas, os Juízes servem-se do instrumentário principiológico abrigado na Constituição não apenas para decretarem a inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais mas também para criarem normas positivadas em suas decisões, um Direito *ex novo* e paradigmático para novas decisões, as quais avançam sobre a política criminal, cada vez mais localizável nos tribunais do que no Congresso.

Pretendendo dar maior força argumentativa à sua política criminal, os tribunais e penalistas, muitos dos quais também pertencentes ao mundo da *práxis* jurídico-jurisdicional, denunciam o Direito Penal simbólico¹, a existência de alarmismo da mídia quanto à criminalidade² e um ambiente de democracia material que não admite medidas restritivas de liberdade (a menos que de forma excepcionalíssima), mas, ao invés, propicia uma viragem liberal rumo às garantias individuais da liberdade (ROSA, 2005, p. 5 et seq.), quando não uma mais agressiva política de descriminalização (KARAM, 2007, p. 128-144). Isto tudo tem algum cabimento se levarmos em conta a simplificação da política criminal levada a efeito pelo legislador (que atua sem o arrimo de uma bem fundamentada criminologia para criar soluções emergenciais), o sensacionalismo da imprensa (que vive de notícias e fatos capazes de aumentar o número de leitores e a audiência dos telespectadores) e as bases de nossa Constituição em princípios de cariz axiológico (que advêm de incontestáveis valores humanos). Mas esta é apenas uma das perspectivas de se entender a complexa teia fenomênica (que ao fim e ao cabo desaguada num complexo sistema social³), a todas as luzes

¹ No Brasil, o desembargador Alberto Silva Franco, amparado em Antonio García-Pablos, opõe-se ao recurso de Leis penais pelos legisladores, que pretendem mais produzir uma impressão tranquilizadora para o público, do que criar mecanismos efetivos de resolução do problema criminal. FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. v. 2, p. 182-183, abr./jun. 1996. Também, GUIMARÃES, Dogmática penal e poder punitivo, p. 60 et seq.

² SOUZA, *Segurança pública e prisão preventiva no Estado Democrático de Direito*, p. 22, amparado no Juiz Alexandre Moraes da Rosa, diminui o impacto da violência sobre as medidas de segurança pública, creditando-o ao alarde da mídia.

³ Aliás, reconhecido por ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

político-ideologicamente engajada.

Nosso intuito aqui não é estabelecer uma crítica contra o engajamento político-ideológico de Juízes e tribunais (até porque isso pressuporia nossa adesão a alguma ideologia), mas, antes, tentar descobrir os pontos de contato entre Ativismo Judicial e Discricionariedade, estabelecendo marcos epistemológicos para as duas categorias. Os pontos críticos (de desacerto metodológico) serão descobertos por meio da dialética entre Ativismo e o sistema jurídico vigente e a política criminal debuxada pela experiência jurídico-jurisdicional moderna.

A investigação, o tratamento dos dados e a elaboração do relato sob a forma de artigo são realizados com base no método indutivo, e as técnicas utilizadas são a do referente, a de categorias e de conceitos operacionais. As categorias utilizadas terão seus conceitos operacionais descritos ao longo do trabalho.

2 Aspectos epistemológicos acerca da Discricionariedade Judicial

A antiga compreensão do Juiz como *la bouche de la Loi*, própria do sistema jurídico preconizado pela *École de l'exégèse*, quando o Positivismo reduzia a concretização do Direito à interpretação da Lei, levada a efeito pela subsunção do fato à regra legal – e, portanto, a realização do Direito processava-se por meio de silogismos –, não será suficiente para as concreções normativas – as que se verificam nas decisões judiciais. Em primeiro lugar, porque a expressão do Direito por meio de regras legais sujeita-se à polissemia, e dificilmente o jurista encontrará exatidão, um sentido preciso para a mítica e propalada vontade da Lei. Não é demais lembrarmos,

a propósito disso, que os vocábulos substantivam-se de forma variegada consoante os jogos de linguagem em que se encaixam; além do que, adquirem novas conotações a cada arrasto histórico, que ou os desgasta, ou enriquece-os pela agregação de outros significados⁴. Em segundo lugar, temos de considerar que as Leis são fragmentárias, não podendo abranger a totalidade de situações com importância jurídica determinadas pelos fenômenos humanos. Disso já se haviam dado conta os legisladores franceses que redigiram o *Code Napoleon* (1804), em cujo art. 4º reconheceram a possibilidade de silêncio, obscuridade ou insuficiência da Lei, o que requererá do Juiz outros expedientes para dizer o Direito, tarefa da qual não se pode eximir⁵. Isto quer-nos indicar que o Juiz, ao positivar uma norma jurídica, concreta e para um caso individuado – elaborando uma norma casuística, portanto –, opera hermeneuticamente, procurando o melhor sentido para as normas *normadas* pelo legislador, de caráter genérico e abstrato. Ou, segundo uma visão da metodologia jurídica, os Juízes transpõem as regras abstratas e genéricas positivadas em Lei, positivando normas para casos concretos e individuados em suas sentenças.

⁴ Em GUIMARÃES, *Compreensão da vontade do Direito: um problema da filosofia da linguagem*, p. 20, lê-se: “as palavras, ou o agrupamento delas em razão da semelhança de função que desempenham na linguagem (formando o que Wittgenstein chamou de semelhanças de família), se associam a novos sentidos (se falarmos de boa-fé, na comunicação jurídica, o termo variará de extensão semântica consoante o jogo de linguagem em causa; e a boa-fé será avaliada, *v.g.*, segundo a maior ou menor capacidade de comportamento ético da pessoa *sub examen* numa ação); de forma que os jogos de linguagem não se sujeitem a uma fixidez de parâmetros, mas, ao invés, vão aderindo a outras circunstâncias da comunicação humana (inclusive sociolinguísticas).” V., também, WITTGENSTEIN, *Tratado lógico-filosófico* (há boas edições brasileiras das Investigações filosóficas).

⁵ *Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*

A fixação da premissa de que o Juiz não encontra soluções prontas e acabadas na Lei, seja em razão de suas imperfeições linguísticas, seja porque o ordenamento jurídico é, tout court, fragmentário, leva-nos a admitir que o ofício judicante só será possível na medida em que aceitarmos uma figura de magistrado diversa do ser autômato, o que executa seu mister mecânica e burocraticamente. Por outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individuação do Direito, exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do Juiz que, dispondo da prerrogativa-dever de decidibilidade, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da Discricionariedade Judicial.

Mas isso não quer dizer que o Juiz, tal como um Deus *ex machina*, possa irromper no processo com uma decisão inusitada e original. A liberdade para interpretar e criar a norma positiva não equivale, pois, a um poder ilimitado. A atuação judicial e a *bondade*⁶ das decisões devem ser aferidas, por um lado, internamente ao desenvolvimento decisório, de modo que se evidencie o cabimento da norma casuisticamente positivada dentro de limites legalmente estabelecidos; e, por outro, externamente, onde a decisão produz seus efeitos, devendo ela manifestar um *bonum*, a expressão daquilo que é jurídica e eticamente aceitável. Assim, nesta primeira aproximação à categoria, podemos dizer que Discricionariedade Judicial “es un cierto margen de libertad en la toma de decisiones.” (VIDAL, 2002, p. 417). Desta forma, o Juiz que, v.g., na operação de dosagem da pena de um réu condenado verificar a concorrência dos requisitos descritos no art. 44 do Código Penal (pena privativa de liberdade atribuível ao fato não superior a quatro

⁶ O termo aqui empregue, em parte apoiado na acepção moral de Tomás de Aquino, relacionado com a noção de justiça do ato.

anos, correspondente a crime não cometido com violência ou grave ameaça; ou, se o crime for culposo; se a culpabilidade e circunstâncias pessoais indicarem a adequação da substituição da pena), substituirá a pena privativa de liberdade por uma ou mais restritivas de direitos; e sua escolha, em forma de norma positiva concreta e individualizada, recairá sobre aquelas descritas no art. 43, CP (prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos, limitação de fim de semana).

A noção descrita, no entanto, contempla uma das formas de encarar-se a Discricionariedade Judicial, que se refere à possibilidade de escolha entre várias alternativas; todas elas possíveis e, em caso de aplicação, juridicamente válidas. Neste sentido, a Discricionariedade convergirá para a ideia de *poder* ou *faculdade de escolher* sobre uma de duas ou mais soluções possíveis (VIDAL 2002, p. 417). Além desta, Lifante Vidal, arrimada em Dworkin, destaca que, diante da *falta de padrões jurídicos* que se prestem a guiar a decisão judicial, pode pensar-se na *discricionariedade em sentido forte*. Neste sentido, a decisão não se vinculará a qualquer padrão precedente (VIDAL, 2002, p. 417-418), embora, em nosso entender, deva guardar correspondência com a noção de juridicidade.

O quadro categorial exposto induz-nos a admitir a Discricionariedade Judicial do *civil law*, como se vê nos sistemas jurídicos da Europa continental e do Brasil, e a do sistema *common law*, notoriamente anglo-americano. Se neste modelo de Direito a liberdade concedida ao Juiz faz parte de uma cultura jurídica forjada desde o século XIII, surgindo como problema metodológico cuja complexidade se radica especialmente no âmbito dos *hard cases*, no outro, as características conceituais de Discricionariedade Judicial, a *liberdade*, a *indeterminação do Direito* e o *poder*, formarão o

sistema problemático a ser enfrentado por uma metodologia que pretenda fixar as bases seguras da atividade jurisdicional. Os problemas adquirem maior dimensão quando se percebem distintos movimentos político-jurídicos que ou demonstram certa rebeldia à interpretação e aplicação de normas legais, como se vê entre os que advogam o ativismo jurídico e os juízes para a democracia, ou claramente postulam a passagem do nosso modelo de Direito para o *common law*, num entendimento algo *naïf* sobre o caráter da Súmula vinculante, tudo, claro, em nome de uma atividade judicial que contribua “para o progresso social da sociedade (*sic*), fazendo avançar o Direito no rumo da liberdade, igualdade e fraternidade”⁷.

Para uma tentativa de dissolução do problema metodológico, impende, inicialmente, sublinhar que a *liberdade* – ou como Castanheira Neves prefere, *desvinculação* (NEVES, 1995, p. 534) – não quer simplesmente significar uma atuação judicial despegada de qualquer limite ou referencial de inerente juridicidade. Ou seja, queremos dizer que a Discricionariedade deriva de uma *liberdade* relativa, na medida em que se devem aferir os contornos de juridicidade da decisão judicial. Parece-nos, neste sentido, fugir completamente dos limites de Discricionariedade a decisão na qual o Juiz estabelece uma solução que conflitue com Leis, princípios e costumes sedimentados numa cultura jurídica⁸. O problema que aqui surge, então, é o de saber qual é a medida de *liberdade* concedida ao Juiz, de modo que suas decisões convirjam para a realização do Direito.

Castanheira Neves especula um arranjo metodológico

⁷ MARQUES, Luiz Guilherme. *Boca da lei*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalle&art_id=105>. Acesso em: 10 mar. 2014.

⁸ No início de 2014, causou (justificada) celeuma a decisão de um Juiz de Brasília que, considerando ser a cannabis sativa uma droga recreativa, absolveu o réu acusado de tráfico ilícito de drogas. O magistrado faz expressa menção à Portaria 344/98, da ANVISA, que estabelece o controle sobre medicamentos e substâncias, considerando tratar-se de “um ato

para o problema da *liberdade* (na discricionariedade) a partir da contraposição de *desvinculação* à ideia de *vinculação* (do Juiz à norma regradada em Lei). Ora, por este critério, o Juiz estaria irremediavelmente preso ao processo lógico-subsuntivo de aplicação da Lei. Então,

Decisão juridicamente vinculada é a decisão a proferir mediante a aplicação subsuntiva de uma norma legal, e juridicamente desvinculada a decisão que houver de reconhecer-se como válida (juridicamente válida) embora não tenha sido subsuntivamente deduzida, directa ou indirectamente, de uma norma legal, ou, em termos mais amplos, de uma norma jurídica. (NEVES, 1995, p. 534).

Este será, portanto, um critério negativo de Discricionariedade. Ou, de outra forma, o contrário de Discricionariedade. Mas ao indicar esta referência conceitual para a categoria, o jurisfilósofo conimbricense adverte-nos que a falta de vinculação da Discricionariedade Judicial não significa “um espaço vazio de Direito”, ou que as decisões emanadas pelo recurso a essa prerrogativa não se projetam,

para além do domínio coberto pelo direito, pois [...] a decisão discricionária surge no seio da ordem jurídica e como *modo jurídico* de juízo ou de conduta – só que com *conteúdo* em si não jurídico, por não ter sido ele obtido

administrativo que restringe direitos, [carecendo] de qualquer motivação por parte do Estado e não justifica os motivos pelos quais incluem a restrição de uso e comércio de várias substâncias, em especial algumas contidas na lista F, como o THC, o que, de plano, demonstra a ilegalidade do ato administrativo.” Numa palavra, não concorda que a Portaria do órgão do Ministério da Saúde inclua a maconha entre as drogas proibidas, apesar de, pela sistemática penal, aquele regramento preencher a norma penal em branco contida no art. 33, da Lei 11.343/06. COUTINHO, Felipe. *Juiz considera maconha ‘recreativa’ e absolve traficante*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-absolve-traficante-confesso.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

pela imediata aplicação de critérios jurídicos. (NEVES, 1995, p. 535).

Por outras palavras, o ato de Discricionariedade Judicial não deriva imediatamente de critério legal, mas não pode – não deve – renunciar por completo às determinações político-jurídicas da Lei, nela encontrando o estabelecimento de seu fundamento e limites (NEVES, 1995, p. 536). O art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/42), *v.g.*, concede uma área de liberdade discricionária, dispondo que, em caso de omissão da Lei, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”⁹; a individualização da pena, segundo dispõe a Constituição, será regulada por Lei (art. 5º, XLVI), cabendo ao Juiz fazer a escolha (*discricionária*) daquela que seja adequada e necessária para dar cumprimento ao objetivo preventivo-especial do Direito Penal, dosando-a proporcionalmente ao grau de culpabilidade do réu.

Em segundo lugar, temos de considerar que, pelo critério de contraposição de *vinculação* à *desvinculação*, vamos encontrar, no primeiro caso, uma área de decidibilidade restrita a uma só solução jurídica, depreendida pelo processo subsuntivo da regra legal; ao passo que, nos casos de autorizada e fundada Discricionariedade, o órgão decisor encontrará várias alternativas, ou várias possibilidades de decisões válidas, autorizadas por norma legal. Esclarece Castanheira Neves

Todas elas seriam para essa norma *juridicamente equivalentes*, já que cada uma dessas decisões era uma sua realização possível, surgindo assim perante elas (por parte da norma) como que uma situação de indiferença jurídica a implicar que qualquer das decisões fosse válida, que se oferecessem todas como *juridicamente válidas*. (NEVES, 1995, p. 537).

⁹ BRASIL. Lei 4.657/42. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

Se é assim, então teremos de convir que o poder Discricionário Judicial concede uma liberdade para fazer-se uma opção entre as várias alternativas possíveis.

Por fim, esta liberdade para a escolha de uma decisão dentre várias possíveis, não se confunde com um puro arbítrio. O Juiz, antes de escolher aleatoriamente a solução para o problema jurídico, fará sua opção sobre aquela que, equacionada segundo os estalões de juridicidade ou de Direito, tenha aceitabilidade e efetividade não apenas no mundo jurídico, mas na comunidade. Por este motivo, será lícito afirmar, com Castanheira Neves, que a *liberdade discricionária* implica uma *desvinculação* do Juiz a uma solução única alcançável pela subsunção, mas não “uma desvinculação perante o direito ou do jurídico em geral; assim, pode dizer-se que a Discricionariedade Judicial será “uma liberdade para o cumprimento do dever”; o que significa dizer que a atuação judicial estará *vinculada ao cumprimento do dever* - “um dever que encontraria o seu fundamento numa intencionalidade à ordem jurídica, ou mesmo ao direito, o qual a decisão discricionária, a seu modo, também haveria de realizar.” (NEVES, 1995, p. 540). Assim, em razão do caráter preventivo-especial da pena, seria um completo absurdo para os padrões do sistema jurídico-penal em vigor que, *v.g.*, o Juiz, usando de seu poder discricionário, aplicasse menor carga de (res)socialização à condenação do réu agente de prática delituosa flagrantemente abjeta e contrastante com os valores de uma comunidade.

3 Constitucionalização dos problemas jurídicos e Ativismo Judicial

A última onda de constitucionalização, iniciada após a Segunda Guerra Mundial, consolida o modelo de Constituição

que não apenas encarta os direitos fundamentais individuais e sociais mas também, princípios fundamentais com fortes traços ontológicos e axiológicos. As Constituições alemãs, imbuídas do humanismo jurídico reconhecido pela Declaração dos Direitos do Homem, inscrevem a dignidade da pessoa humana; a portuguesa de 1976, abre o capítulo da fundamentação do Estado com princípios, o que, de forma parecida, veremos na Constituição espanhola de 1978. Não é diferente o que se vê na Constituição Cidadã, responsável por implantar as bases de redemocratização do Brasil, caracterizada, por um lado, pela abstenção estatal de intromissão na área de liberdade individual, que entra em direta concordância, *v.g.*, com os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade, da universalidade e da tolerância; caracterizando, em suma, a ideia de *liberdade negativa* (o *liberty from*, formulado por Isaiah Berlin, 1998, p. 220-231), significando que deve atribuir-se às pessoas o direito de estar *livre* de (intromissões estatais). Por outro lado, nossa Constituição também avança sobre a previsão de direitos sociais, aqueles que dependem das prestações estatais e vão conformar a ideia de *liberdade positiva* (ou, segundo a formulação de Berlin,- 1998, p. 231-236 – *liberty to*), ou seja, a liberdade para a autorrealização.

A ideia constitucional de liberdade é complexa. Implica na concessão de autonomia para o homem, que se realiza pela não intervenção do Estado na esfera da individualidade, mas, também, pela atividade estatal naquelas áreas fundamentais para o aperfeiçoamento – educação, saúde, previdência, segurança, acesso à Justiça etc. Os valores integrantes dessa intenção político-jurídica de realização do homem (ou de seu aperfeiçoamento como ser humano) não cabem, portanto, em regras, nem num rigoroso esquema programático. Por isso

a admissão dos princípios¹⁰, que colmatam a vida político-jurídica do Estado num nível em que se acham presentes valores ético-sociais¹¹. Esta situação modela o novo Estado, no qual observamos uma verdadeira viragem de paradigmas por sairmos da *democracia formal* (essencialmente marcada pelo direito de eleger e ser eleito) rumo à *democracia material* (onde se estruturam condições para o aperfeiçoamento do indivíduo e da sociedade); de maneira que o Estado já não será apenas *democrático de direito*, mas um Estado adjetivado por valores de relevo humano e social.

Essas características do novo constitucionalismo autorizam-nos a reconhecer maior dinamismo ao sistema jurídico-constitucional. Não exatamente em sua estrutura interna, pois que a Constituição é rígida e o processo para sua alteração apresenta redobrados mecanismos de segurança, de modo que se torne difícil imprimirem-se reformas ditadas, *v.g.*, pelo programa político de um governo¹². Mas pela possibilidade de *constitucionalizarem-se* matérias regradas no âmbito

¹⁰ ÁVILA, “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”, confirma a inserção da Constituição brasileira no neoconstitucionalismo, destacando as distintas funções das regras e princípios constitucionais, sendo que estes auxiliam na interpretação e integração das regras infraconstitucionais.

¹¹ BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 32, refere que os “Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir.”

¹² Pelo menos em tese. Nossa experiência político-partidária não revela alternância dos quadros programáticos, nem uma oposição que permita o refreio do aparelhamento estatal e do controle da vida política. RAMOS, *Mutação constitucional*, p. 227, refere, a propósito: “A proliferação de partidos políticos gera um fisiologismo que esconde as verdadeiras ideologias, fazendo com que, entre nós, a coalisão partidária não seja formada por razões puramente ideológicas. Todos se assumem como de “centro-esquerda”, como se não houvesse “direita” no Brasil.

infraconstitucional ou que sequer tiveram um tratamento legislativo¹³. Tentemos explicar.

A Constituição e as normas positivadas em Leis são assimétricas. Seja em razão do caráter fragmentário do Direito, seja pelo fato de tornarem-se desgastadas pelo decurso do tempo, necessitando de ajustamentos que reflitam a atualidade histórico-social. Essa circunstância é sensivelmente clara na área do Direito punitivo (em que incluímos o Direito Penal, o Direito Processual Penal e a execução penal). Por um lado, em razão de termos legislações anteriores a 1988 que, mesmo passando por alterações, estão em descompasso com o *corpus iuris* fundado pela Constituição; por outro, pelo fato de que vários fatores exercem direta influência sobre o monopólio da tutela penal de bens jurídicos, exigindo políticas de criminalização ou de descriminalização, e de reforço de instrumentos a tornarem o processo apto à consecução dos fins do Direito Penal. É possível pensar-se, *v.g.*, que os avanços tecnológicos facultam medidas cautelares menos drásticas do que a prisão preventiva, como se vê pela adoção do monitoramento eletrônico do indiciado ou do réu sob medida cautelar coercitiva; mas a vida artificial, que se desenvolve no ambiente virtual da internet, é

¹³ BARROSO, *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*, (também disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 25 mar. 2014), sintetiza a ideia de constitucionalização da seguinte forma: “A constitucionalização [...] expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, podendo, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional.” Esta definição, contudo, não exaure a noção total de *constitucionalização*, nem aflora as questões problemáticas que aqui serão tratadas.

pródiga em criar novos perigos para as pessoas, reivindicando tanto políticas de criminalização como de criação de medidas cautelares necessárias para impedir os riscos, bem como para constituir matéria de prova.

Ora, nesse campo entremeado de armadilhas, algumas delas plantadas pelo legislador penal quando tenta criar uma sensação de paz por meio da criminalização (sem que para isto tenha o arrimo da criminologia e da máxima que entende o Direito punitivo como a *ultima ratio* do sistema jurídico), tem-se tornado frequente a realização do controle de constitucionalidade de normas jurídico-penais, em boa verdade escritas com má técnica legislativa e jurídica. Mas não só. Os tribunais, especialmente o STF, que acaba por estabelecer modelos interpretativos de normas legais, chancelando ou não sua constitucionalidade, ultrapassam os lindes exegéticos e mesmo de uma hermenêutica crítica para dissentirem da política criminal formulada por processos legislativos formal e materialmente sustentáveis. Atraem para sua esfera de realização político-criminal, por meio da *constitucionalização*, matérias estranhas ao controle constitucional, ou que não reivindicam a aferição de sua conformidade com a Constituição.

A postura de nosso judiciário, que trilha caminhos distintos para a concretização do Direito Penal (não se podendo falar, por isso, de uma política criminal consolidada pelas decisões judiciais, mas de *experimentação* de soluções que, a todas as luzes, quebram o desenvolvimento metódico de entendimentos jurídicos), dizendo-se *proativo, democrático, preocupado com a justiça social, garantista*, enfeixando, portanto, o movimento denominado de Ativismo Judicial, está longe de configurar uma jurisdição constitucional dedicada a “interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” como refere Barroso (2014). Não trata propriamente de estabelecer marcos definidores de normas constitucionais, ou de fazer

o exame de constitucionalidade de regras legais quando para isso é provocado¹⁴, mas, atua, como eufemisticamente podemos referir, *proativamente*, intervindo, de maneira difusa, em questões penais ou processuais penais que, a rigor, não reclamam sua conformação à Constituição. Por outras palavras, essa postura judicial visa tornar *constitucional* matéria que, em sua essência, não reclama uma leitura interpretativa através das lupas da Constituição.

O excessivo manejo de princípios fundamentais - que é excessivo por se os empregarem corriqueira e indistintamente para a generalidade dos problemas jurídicos ao invés de se os reservar para os casos em que se requeira a otimização das regras do Direito infraconstitucional, para que se as integre ao sistema jurídico-constitucional - vai para além, portanto, do exame de constitucionalidade das regras legais: por um lado, é uma forma de aplacar algumas das deficiências dos legisladores, *regrando* aquilo que não chegou a ser contemplado pela atividade legislativa e que, à evidência, carecia de *regramento*; por outro, o Ativismo assumir-se-á como fator de catalisação da formação de uma política criminal ditada pelos Tribunais, ou seja, diretamente pelos aplicadores do Direito. Mas essa propensão não é isenta de uma extensa teia problemática, só perceptível quando incluímos no Ativismo Judicial as decisões que transbordam o âmbito de controle de constitucionalidade¹⁵.

A *constitucionalização* de matérias as quais, a toda

¹⁴ Aliás, STRECK, *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?*, ao fazer aproximações conceituais do Ativismo, refere: “é necessário dizer que a simples declaração de uma inconstitucionalidade não quer dizer ativismo ou não ativismo. O controle de constitucionalidade é justamente a função precípua e democrática de uma corte constitucional”, conduzindo-nos a entender que este fenômeno está para além do exame de controle de constitucionalidade.

¹⁵ A propósito, BARROSO, *op.cit.*, 2009, rebate todas as críticas normalmente feitas ao Ativismo, mas parte de sua definição estreita, como já anteriormente referido.

evidência, estariam fora da órbita problemática de *adequação constitucional*, como vemos, v.g., na edição da Súmula vinculante 11, que trata do uso das algemas, vulgariza a atuação do STF. Mas, também, enfraquece o eixo ético-jurídico da Constituição, especialmente pelo fato de que, na falta de regras constitucionais em direto conflito com o ordenamento infraconstitucional (e, em boa verdade, não se encontrará essa colisão quando pensamos no uso de algemas, que não é, repitamos, problema constitucional mas, simplesmente, regra de segurança), os magistrados só poderão laborar mediante grande esforço argumentativo para abrigar sua iniciativa político-criminal em algum dos princípios fundamentais. E quando não o encontram, sempre se socorrem do princípio que é a panaceia para todos os problemas, o da dignidade da pessoa humana. Mas afinal, podemos nos socorrer a qualquer instante dos princípios fundamentais?

Os princípios da Constituição, segundo se depreende da dogmática e de uma consolidada doutrina (ALEXY, 1997, p. 83 et seq.), são normas jurídicas com alto grau de generalidade, e por isso, antes de fundarem-se exclusivamente como mandados deônticos, neles vemos hipóteses de concreção somente “dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (ALEXY, 1997, p. 83 et seq.). Não se aplicam ordinariamente, como determinações de *dever-ser*, mas, prioritariamente¹⁶, quando houver a necessidade de interpretarem-se regras infraconstitucionais e integrá-las ao *telos* constitucional¹⁷. São, como denomina Alexy, *mandados de otimização* (ÁVILA,

¹⁶ A ressalva deve-se à hipótese de que, como orientações *jusumanistas*, vemos possível a hipótese de o legislador orientar-se pelos princípios.

¹⁷ ÁVILA, op. cit., ao tratar da função dos princípios fundamentais, refere que “servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais existentes. Os princípios constitucionais, no entanto, só exercem a sua função de bloqueio, destinada a afastar a regra legal, quando ela for efetivamente incompatível com o estado ideal cuja promoção é por eles determinada”.

2009). Já por isso, seu manejo não deve ser ordinário, mas extraordinário, naquelas situações em que a aplicação de uma regra legal é problemática, reivindicando a atestação de sua constitucionalidade. Contudo, o que temos assistido sob a roupagem de Ativismo Judicial é a inversão dessa lógica, de maneira que o Juiz, não concordando com os resultados possíveis em razão da aplicação de regra legal, substituí-la pela argumentação alcançada a partir da definição de um princípio¹⁸.

As (re)definições desenvolvidas ao longo da argumentação jurídica das decisões, têm, no entanto, outras consequências para além da já citada inversão, nomeadamente quando o Juiz pretere a aplicação da regra legal para *constitucionalizar* a situação problemática. Diz-se, então, que a nova postura judicial põe em risco o princípio democrático, uma vez que os Juizes passam a ocupar o *locus* caracteristicamente reservado ao legislador, que é o agente político constituído pelo mandato outorgado pelos cidadãos. A situação é sensivelmente percebida na área do Direito que estamos a tratar, onde observamos um choque frontal entre a política criminal legislada e aquela estruturada pelos Juizes. É exemplo disso o novo conteúdo dado pelo STF ao princípio da individualização da pena, que conferiria “irreprimível discricionariedade” ao Juiz sentenciante, inclusive para, ao aplicar a sanção, escolher aquela que lhe pareça mais adequada, mesmo que não prevista em Lei¹⁹. Observe-se que,

¹⁸ A propósito, ÁVILA, *Ibid*, afirma que “Ele [o aplicador do Direito] não pode deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional, por não concordar com a consequência a ser desencadeada pela ocorrência do fato previsto na sua hipótese.”

¹⁹ No *Habeas Corpus* 97256-STF, o relator, Min. Ayres Britto, apoia-se no princípio da individualização da pena e na prescrição das modalidades punitivas descritas no art. 5º XLVI, CR (“a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos”), para inquirar de inconstitucional a

neste exemplo, a *discricionariedade* judicial vai ao ponto de mudar o sentido do princípio constitucional.

Como se pode observar, essa *discricionariedade* discrepa da noção de Discricionariedade Judicial, não guardando qualquer relação com seus fundamentos. As decisões dela emanadas não operam metodicamente uma argumentação juridicamente refletida (sobre as fontes do Direito ou de juridicidade), mas são prenes de muito subjetivismo e de nenhum critério material que as torne plausíveis. Esta circunstância, conforme observa Ávila, leva “à eliminação ou severa redução do caráter heterolimitador do Direito.” (ÁVILA, 2009).

Ora, a ampliação do *decisionismo* judicial por meio da aplicação direta de princípios constitucionais – essencialmente abertos ao variado desenvolvimento argumentativo – no lugar de regras legais, causa inegáveis riscos. No âmbito jurídico-cível, relativamente aos diretos receptores de uma decisão – que será a norma jurídico-positiva casuística para um caso

regra então contida no § 4º, do art. 33, da Lei 11343/06, que não permitia a conversão da pena de reclusão por restritivas de direito. Em seu entender, a Lei comum não poderia subtrair ao Juiz o poder-dever de atribuir ao réu pena que lhe parecer “como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação [...] implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional”. Mais adiante, o antigo Ministro do STF, estabelece um grau de equivalência entre discricionariedade e liberdade de decisão, referindo: “o Juiz sentenciante se movimentaria com irreprimível discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição de liberdade e outra que já não tivesse por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado, sem prejuízo de que a proposição da lei pudesse ser endurecedora nos crimes enunciados na Constituição Federal.” Ocorre que, a bem da verdade, o impedimento de conversão da pena para os casos de tráfico de drogas não impede a individualização da pena, que é levada a efeito por ocasião de sua dosagem. Além do mais, o enunciado do princípio mencionado é no sentido de que “a lei regulará a individualização da pena”, ou seja, a Constituição defere a discricionariedade ao Juiz, mas dentro das balizas da Lei penal. Sobre a questão, ver: GUIMARÃES, op. cit., 2013, p. 120-125.

concreto – pelo fato de os interessados não poderem prever a metódica construção da norma jurídica (quebrando-se, então, a ideia de segurança jurídica); enquanto que na área jurídico-penal, os riscos decorrem da possível colisão entre a política criminal orientadora dos fins de um sistema jurídico-penal e a política criminal individualizada pelo Juiz ou Tribunal. Os reflexos dessa postura serão mais drásticos na área da Justiça criminal, uma vez que as decisões emanadas da liberalidade judicial destinar-se-ão, em última análise, à coletividade, que é carecedora da atividade estatal que promova paz e segurança por meio da tutela de bens jurídicos de relevo social.

A zona compromissória e de incertezas do Ativismo Judicial torna-se mais perceptível quando passamos a analisar algumas das posições sustentadas pelos tribunais superiores, que a seguir encetaremos.

4 A política criminal ditada pelo Ativismo Judicial

Apesar de muito difundida uma ideia de política criminal estruturada a partir dos tribunais, *v.g.*, ao se falar da aplicação do princípio da insignificância e do perdão judicial, o fato é que esta não é apenas uma área prático-forense. Nem se pode dizer que tenha ali seu locus prioritário, já que as realizações político-criminais devem ingressar no discurso *juscriminal* sobre sólidas bases. Na lição de Correia, a política criminal “recolhe e valora os resultados da criminologia.” (CORREIA, 1996, p. 8). Ou seja, os processos de criminalização e de descriminalização, a definição das finalidades das penas e de seu caráter preventivo e do modelo de execução penal – em suma, a “*definição das estratégias de controlo social do fenómeno da criminalidade*” (DIAS, 2007, p. 19) –, são dependentes dos elementos integrantes do fenómeno criminal estudados pela criminologia. Mas não só. Essa *definição das estratégias* levada a

efeito num Estado democrático de direito não pode contrastar com os valores e diretrizes constitucionais. De forma que as opções político-criminais partem das fontes criminológicas, mas não cruzam os limites impostos pela Constituição (DIAS, 2007, p. 35)²⁰.

A política criminal tem seu lugar, como se vê, nas decisões formuladas pelo legislador penal. No entanto, ao perspectivar-se esta ciência do mundo jurídico a partir da nova hermenêutica, que antes de conformar-se ao processo silogístico, impõe ao órgão decisor o dever de estabelecer a solução para o problema jurídico convocando informações *metajurídicas*, passa-se a perceber que as concretizações político-criminais são realizadas pelos Juízes. O que nos leva a reconhecer sua importância na formulação da política criminal, na medida em que a desconstrução de antigos paradigmas e a construção de novos, plasmadas na jurisprudência, orientarão as estratégias de controle do fenômeno criminal.

O que se tem visto em nossa experiência jurídico-jurisdicional, no entanto, não é a pavimentação ordenada de uma jurisprudência apta a provocar (re)definições político-criminais, mas manifestações de ativismo e decisões de significativa rebeldia dos Juízes contra a Lei penal e, até mesmo, contra a Constituição. Num extremo, encontram-se as posições (caóticas) dos Juízes para democracia e dos alternativistas, que não chegam a criar postulados metodicamente ordenados de reforma dogmático-jurídica, mas revelam engajamento político-ideológico. Os Juízes democratas pregam uma maior

²⁰ O penalista português refere, a este propósito, que a política criminal é “imaneente ao sistema jurídico-constitucional”, não sendo exata, por isso, a afirmação de que ela “possa e deva fazer apelo directo e imediato ao sistema social como tal para estabelecimento das suas finalidades e das suas proposições. Exacto é antes que as finalidades e as proposições político-criminais devam, elas também, ser procuradas e estabelecidas no interior do quadro de valores e de interesses que integram o consenso comunitário mediado e positivado pela Constituição.” (DIAS, 2007, p. 35).

independência do judiciário, tanto no plano estatal como em relação a grupos “internos ou externos à Magistratura”²¹. Em tom notadamente marxista, os adeptos desse grupo preconizam “a defesa dos direitos dos menores, dos pobres e das minorias, na perspectiva de emancipação social dos desfavorecidos”²², um compromisso arriscado que conota *parcialidade* (quando, sabidamente, os Juizes devem promover a *Justiça para todos*). Seu ativismo vai a ponto de criticar políticas de criminalização, como se vê no *Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de terrorismo*, que, segundo lhes parece, são próprias de um “Estado penal segregacionista”, que constituiria um “mecanismo de contenção das lutas sociais democráticas e eliminação seletiva de uma classe da população brasileira.”²³ Há quem, como Karam, apregoe ideias libertárias em nome, claro, da *emancipação pessoal* e do modelo de Estado democrático, como a da descriminalização do tráfico de drogas (KARAM, 2007, p. 128-144), sem considerar qualquer estudo criminológico sobre a matéria, nem, muito menos, que a questão é político-criminalmente definida na Constituição (art. 5º, XLIII) e na Convenção de Viena, contra o tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, de

²¹ ADJ. *Estatuto da AJD*. Disponível em: <http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php>. Acesso em: 6 abr. 2014.

²² *Ibid.*, art. 2º, 6.

²³ *Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de Terrorismo*. Disponível em: <http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140>. Acesso em: 29 nov.2013. É de frisar-se que os projetos não atentam contra os grupos de pressão e as manifestações de rua, mas proíbem a provocação de “terror e pânico generalizado mediante ofensa à vida, à integridade física ou à saúde ou à privação de liberdade de pessoa, por motivo ideológico, religioso, político ou de preconceito racial ou étnico” (Projeto Romero Jucá); “incendiari, depredar, saquear, destruir ou explodir meios de transporte ou qualquer bem público ou privado” (Projeto Miro Teixeira). Ambos, visam a tutela de bens com dignidade penal e arrimam-se nos princípios constitucionais da liberdade de expressão (art. 5º, IX, CR) e da liberdade de reunião, desde que seja pacífica (art. 5º, XVI, CR). Portanto, ditos projetos não colocam em causa o princípio democrático do poder político.

1988, da qual somos signatários e que foi formalmente incluída em nosso *corpus iuris* (Decreto n.º 154/91). Esses discursos, desenvolvidos precariamente com base em lugares-comuns, não atestados metodologicamente, têm repercutido em decisões que afrontam regras legais e a Constituição, como no caso em que a absolvição de traficante fulcra-se no convencimento pessoal (e não do Juiz a partir do conteúdo probatório) de que o comércio da *cannabis sativa* não deve ser proibido. Ou, quando o Juiz catarinense João Marcos Buch *relaxa a prisão* de um autor de furto não em razão de abuso de autoridade ou de ilegalidade do ato coercitivo, mas porque aquele foi detido por populares, que se mostravam “pessoas nutridas por sentimento paranóico coletivo (*sic*)”, e passaram a agredi-lo. O magistrado observa que “Os novos padrões de civilidade e os fundamentos do Estado democrático de direito não permitem, em absoluto, a medieval “justiça pelas próprias mãos.”²⁴

Noutro polo, estão as decisões do STF, tendentes a *constitucionalizar* matérias ordinárias que, em geral, não requerem o controle de constitucionalidade nem, a rigor, podem ser categorizadas como *casos difíceis*. Diga-se, aliás, que no julgado do HC 95.009-4/SP, o então Ministro Eros Grau repelia, terminantemente, a aplicação do princípio da proporcionalidade, o qual leva ao entendimento de que não haveria direitos absolutos; o Juiz que se socorre desse “postulado normativo” para interpretar o Direito, dirá que ele existe, mas nem sempre é aplicável, enquanto que exalça em suas decisões a “atividade persecutória do Estado” e a “supremacia do interesse público sobre o privado”. Em arremate de seu raciocínio, Grau afirmava que o correto é dar prevalência ao “direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”²⁵. Nesta suma, contudo,

²⁴ AJD, *Decisões*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/decisoes_ver.php?idConteudo=29>. Acesso em: 28 nov. 2013.

²⁵ STF. *HC 95.009-4/SP*. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

não investivava contra a *constitucionalização* vulgarizada dos problemas penais, mas desenvolvia, *tout court*, a absolutização da esfera de individualidade, sem considerar os interesses da coletividade pois que, em caso de conflito entre estes dois âmbitos, deverá prevalecer o preceito “garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão.”²⁶

A posição de quase completo consenso dos magistrados das Cortes Superiores sobre esta linha argumentativa, parte da sacramentalização da esfera de individualidade, ora em nome do princípio da presunção da inocência, ora invocando-se o princípio da dignidade da pessoa humana, que são aplicados como instrumentos resolutivos de problemas jurídicos, nos quais nem sempre se evidenciam colisões de princípios²⁷. O caso Pimenta Neves é paradigmático: o jornalista confessou ter matado a namorada Sandra Gomide, em 20 de agosto de 2000; nunca apresentou tese de exclusão de antijuridicidade, de forma que, o julgamento de dezembro de 2006, com veredicto condenatório, não teria hipótese de reforma (não quanto ao mérito); mesmo assim, Pimenta Neves obteve o *writ* de *habeas corpus* (HC 72726-STJ), com base na aplicação do princípio da presunção da inocência (art. 5º, LVII, CR)²⁸, mesmo que a verdade material já estivesse concretizada e que, diante do princípio da soberania do júri popular, não se pudesse alterar a condenação.

Ao que parece, os Juízes tornaram-se insensíveis

²⁶ Id., 2013.

²⁷ Em muitos julgados, o mesmo Min. Eros Grau considerou inconstitucional a prisão preventiva *ex lege* prevista no art. 44, da Lei 11.343/06, alicerçando-se na aplicação dos princípios da presunção da inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, sem sequer se ocupar do enunciado contido no art. 5º, XLIII, da CR (*v.g.* HC 100.872-MC/MG). Este julgado serviu de paradigma para muitos outros daquela Casa Excelsa (*v.g.* HC 100.959/TO, rel. Min. Celso de Mello).

²⁸ STJ. HC 72726. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

às tragédias que assolam inumeráveis pessoas sujeitas à criminalidade grave, assumindo posições político-criminais baseadas em antigos postulados da sociologia marxista, que atribuem à sociedade a responsabilidade pelos criminosos que nela habitam. Arcar com a situação criminal é, portanto, o ônus que se lhe atribui em nome de falaciosos fundamentos jusumanistas, como a já tão desgastada dignidade da pessoa humana. Assim, em momento algum ponderam os interesses da coletividade – relativamente à paz, à segurança, à Justiça –, ao fim e ao cabo com o mesmo peso constitucional que os direitos individuais. Esquecem-se, em suma, de que a Constituição deve ser interpretada segundo o princípio da unidade de que nos fala Hesse, de acordo com o qual é necessário evitarem-se colisões entre normas constitucionais (HESSE, 1992, p. 45), fazendo equacionamentos de concordância prática²⁹, dos quais se possam deduzir realizações do Direito possível, aquele que se compagina com uma realidade histórico-social.

5 Considerações finais

É interessante notar que a viragem constitucional brasileira não ficou historicamente limitada aos fatos políticos e

²⁹ Em algumas situações, o balanceamento entre as normas jurídico-constitucionais – quando, de fato, a ele o Juiz é levado por imposição da situação problemática – pode determinar maior peso para os interesses da coletividade, sem que, por isso, haja irremediável negação de direitos individuais. A propósito disso, NOVAIS, Direitos fundamentais, p. 33, refere que “o fundamento da eventual prevalência da posição da maioria não reside no argumento maioritário – precisamente porque os direitos fundamentais são constitucionalmente reconhecidos como direitos contra a maioria –, mas sim no resultado de uma ponderação de bens desenvolvida à luz dos parâmetros constitucionais e através da qual se atribua a um outro bem igualmente digno de proteção, em circunstâncias em que essa compreensão seja exigível, uma relevância suscetível de justificar a restrição do direito fundamental”.

jurídicos ocorridos há vinte e cinco anos. A Constituição ainda contrasta com um sistema jurídico-legal de grandes assimetrias. Há muito por fazer, inclusive no âmbito da política criminal, já que, de uma forma geral, nem o Código Penal nem o Código de Processo Penal se alinham às diretrizes constitucionais. Por um lado, há de se pensar em políticas de descriminalização, especialmente de condutas que hoje seriam melhor tratadas pelo Direito civil ou pelo administrativo. Não se vê, hoje, a necessidade de punirem-se condutas como a do estelionato por emissão de cheque, nem carência de tutela penal para as condutas contravencionais. Mas, também, há de se pensar em políticas de criminalização, de fenômenos como o do terrorismo, que, por sinal, é já tratada na Constituição (art. 5º, XLIII). Por outro lado, nosso processo penal e, fundamentalmente, nossa experiência jurídico-processual cristalizam circunstâncias anômalas para os intervenientes processuais, existindo um órgão acusador que também deve zelar pela regularidade processual, sendo, pois, fiscal do processo, e um Juiz que se intromete arriscadamente na produção de prova, tomando testemunhos, interrogando e podendo produzir provas de ofício (*v.g.*, inclusive para determinar a produção antecipada de provas e quebrar o sigilo das comunicações), o que, inegavelmente, compromete a imparcialidade.

Apesar disso, o legislador pouco tem feito para mitigar as defasagens, o que vem servindo de pretexto para uma atuação judicial mais contundente, a partir de uma verticalização do tratamento dos problemas jurídicos, por meio do manejo de normas constitucionais. Mas, ao apoiarem-se exclusivamente no sistema de princípios inscrito na Magna Carta, muitas vezes pretendendo constitucionalizar matérias que não reclamam o controle constitucional, os Juizes deram um sentido absolutamente estranho à noção de Discricionariedade Judicial. Declaram-se Ativistas de um regime jurídico mais

democrático e preocupado com a promoção social sem que, no entanto, se apercebam do paradoxo aí emergente. Em nome da democracia, colocam em causa o princípio democrático; ao tratarem dos inúmeros flagelos sociais pela via penal, criam desassossego e insatisfação da comunidade. Desprezam a circunstância da criminalidade grave, que, em 2012, causou a morte de 50.108 pessoas³⁰, ou quase a metade das vítimas da guerra civil na Síria entre 2011 e 2013, uma das mais cruentas que já se tem visto no Oriente Médio. Isso representa um índice de 25,8 mortes por cada cem mil habitantes, que é bastante significativo se comparado com os índices do Peru, Chile, Uruguai e Argentina (menos de 10 homicídios por cada 100 mil habitantes), com o Paraguai e o México (menos de 20 homicídios por cada 100 mil habitantes)³¹. Não por outro motivo, notícias de linchamento de criminosos – a realização da Justiça com as próprias mãos –, tornaram-se frequentes nos grandes centros urbanos brasileiros, o que, certamente, só será refreado com uma mudança de discurso político-criminal, talvez mais consentâneo com a dura realidade criminal brasileira.

Judicial Activism and the methodological problem of judicial discretionary for the formation of a criminal policy

Abstract: This paper aims to demonstrate the roots of the

³⁰ Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao>>. Acesso em: 21 nov. 2013. Convém destacar que o Anuário é publicação organizada conjuntamente com a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), sendo disponibilizada também pelo Ministério da Justiça.

³¹ United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). International homicide, count and rate per 100,000 population. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

Brazilian Judicial Activism, as a phenomenon provided by distorted understanding of the application of the constitutional principles, placing emphasis firstly, on its incongruity idea of Judicial Discretionary, secondly, the production of an unrealistic criminal policy.

Keywords: Judicial activism. Discretionary. Criminal policy.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. ao espanhol de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução de: Theorie der Grundrechte.

AJD. *Decisões*. Disponível em: <http://www.ajd.org.br/decisoaes_ver.php?idConteudo=29>. Acesso em: 28 nov. 2013.

_____. *Estatuto da AJD*. Disponível em: <http://ajd.org.br/quem_somos_estatuto.php>. Acesso em: 6 abr. 2014.

_____. *Manifesto de repúdio às propostas de tipificação do crime de Terrorismo*. Disponível em: <http://ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=140>. Acesso em: 29 nov. 2013.

ANUÁRIO brasileiro de segurança pública. Ano 7, 2013. Disponível em: <<http://www2.forumseguranca.org.br/novo/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica/7a-edicao>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>> . Acesso em: 21 nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria

crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica. v. 1, n. 6, set. 2006.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Direito do Estado*, Salvador, v. 4, n. 13, p. 71-91, jan./mar 2009. Disponível em: <www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. v. 1, maio. 2011.

BRASIL. *Lei 4.657*, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 18 mar. 2014.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. *HC 72726*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6275/habeas-corpus-hc-72726>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 95.009-4/SP*. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc95009EG.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2014.

CORREIA, Eduardo. *Direito criminal*. v.1. Colaboração Figueiredo Dias. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 8.

COUTINHO, Felipe. Juiz considera maconha ‘recreativa’ e absolve traficante. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/01/1404517-juiz-considera-maconha-recreativa-e-absolve-trafficante-confesso.shtml>>. Acesso em: 16 mar. 2014.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. ano 6, fasc. 1, p. 175-187. jan./mar. 1996.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Compreensão da vontade do Direito: um problema da filosofia da linguagem. *MPMG Jurídico*, Minas Gerais, v. 20, p. 16-18, 2010.

_____. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2001.

_____. *Lei antidrogas comentada*. 6.ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2013.

HAURIOU, André. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 3. ed. Paris: Éditions Montchrestian, 1968.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2 ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 64, p. 128-144, jan./fev. 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 265. Título original: General theory of law and state.

MARQUES, Luiz Guilherme. *Boca da lei*. Disponível em: <http://www.amb.com.br/?secao=artigo_detalle&art_id=105>. Acesso em: 10 mar. 2014.

NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: _____. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 1. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 531-596.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Carlos Henrique. *Mutação constitucional: constituição e identidade constitucional evolutiva*. Curitiba: Juruá, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos*. 2. ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Segurança pública e prisão preventiva no estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

STRECK, Lênio. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginação-alguns>>. Acesso em: 19 fev. 2014.

UNITED Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). International homicide, count and rate per 100,000 population. Disponível em: < http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/Globa_study_on_homicide_2011_web.pdf >. Acesso em: 13 abr. 2014.

VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 25, p. 413-419, 2002.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico: investigações filosóficas*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

Da concepção à implantação do “Projeto Lixo Amigo” na cidade de Novo Airão¹

*João Gaspar Rodrigues**

Sumário: 1 Introdução. 2 Objetivo do projeto. 3 Reuniões, discussões e amadurecimento do projeto. 4 Trabalho intersetorial. 5 Passo a passo do projeto. 5.1 Coleta seletiva, serviços de coleta e reciclagem. 5.2 Associativismo e organização comunitária. 5.3 Educação ambiental e participação ativa da comunidade. 5.3.1 Criação do Conselho Municipal de Saneamento Ambiental. 5.3.2 Central de atendimento e informações. 5.4 Centro de triagem, desmontagem, prensagem e trituração. 5.5 Tratamento da fração orgânica por processos biológicos. 5.5.1 Compostagem. 5.5.2 Biogás. 5.6 Reciclagem do plástico para aplicação como elemento estrutural. 5.7 Gestão dos resíduos sujeitos à logística reversa: criação de posto ou centro de recolhimento. 5.8 Aterro sanitário e recuperação do lixão. 5.9 Monitoramento e treinamento de mão de obra local. 6 Análise do mercado local para absorção dos resíduos recicláveis. 7 Conclusão. Referências.

Resumo: O projeto, em sua estrutura global guiada pela ideia de desenvolvimento sustentável e aproveitamento econômico, contempla algumas diretrizes básicas que representam uma verdadeira hierarquia na política dos resíduos sólidos: prevenção e redução (educação ambiental), preparação para a reutilização, reciclagem, tratamento e eliminação. Em linhas gerais, o estudo é inspirado pela ideia de desenvolvimento sustentável e de aproveitamento econômico

¹ O projeto “Lixo Amigo” está pendente de implantação no município de Novo Airão, tendo ainda algumas etapas a serem implementadas.

* Promotor de Justiça titular de Novo Airão no período compreendido entre 2004 e 2013.

(conciliando interesses sociais e ambientais com uma lógica de mercado), contemplando, sistemicamente, as dimensões política, econômica, ambiental, cultural, tecnológica e social.

Palavras-chave: Meio ambiente. Gestão de resíduos sólidos. Sustentabilidade. Reutilização. Reciclagem. Tratamento.

1 Introdução

Novo Airão é um município do Estado do Amazonas, pertencente à Microrregião do Rio Negro. Localiza-se a oeste da capital do Estado (Manaus), distando cerca de 115 quilômetros em linha reta e 250 quilômetros por via fluvial. O acesso rodoviário se dá pela AM-070 (Rodovia Manuel Urbano – 75km) e pela AM-352 (98 km). Ocupa uma área geográfica de 37.771 km² e tem uma população de 14.723 habitantes (IBGE/2010), com uma densidade demográfica de 0,39 hab./km². Desta população, 64,52% é urbana e 35,48% é rural. A taxa média de crescimento anual da população é de 2,9%. É o município menos populoso de sua microrregião e, dentre os 62 municípios do Estado do Amazonas, ocupa a 49º posição em termos populacionais. Integra também a região metropolitana de Manaus.

Dado o crônico problema com a falta de gestão dos resíduos sólidos na cidade (jogados em aterro comum – lixão a céu aberto -, a poucos quilômetros do perímetro urbano), a Promotoria de Justiça local (com o total apoio da Coordenadoria do Meio Ambiente de Manaus) lançou o “Projeto Lixo Amigo” em novembro de 2010, buscando uma solução negociada e articulando em torno da iniciativa diversos órgãos como: Prefeitura de Novo Airão (prefeito e assessores), Secretarias de Meio Ambiente, de Finanças

e de Organização Fundiária de Novo Airão, Secretaria de Infraestrutura de Manaus (SEMINF), Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMMAS – Manaus), Associação Amazonense de Municípios (AAM), Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM), Secretaria Estadual do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SDS), Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), Instituto de Desenvolvimento Agropecuário e Florestal Sustentável do Estado do Amazonas (IDAM) e Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais (CPRM).

O desafio de implementação do projeto revelou-se, desde o início, muito árduo por algumas razões básicas: a existência de um padrão “insustentável” de consumo, apatia e despreparo do poder público e da comunidade, limitação financeira devido a orçamentos inadequados, descontinuidade político-administrativa, a inserção de 75% do território do município em Unidades de Conservação e a falta de parâmetros comparativos regionais. Este último aspecto confere certo pioneirismo ao projeto, como destacado pela Professora Ana Lúcia Soares Machado ao realizar o estudo gravimétrico dos RSU (resíduos sólidos urbanos):

No que se refere ao município de Novo Airão, enfrentar este desafio e realizar uma gestão integrada dos resíduos, bem como o gerenciamento dos mesmos, é despontar entre os 62 municípios, incluindo Manaus, como um município que enfrenta esta problemática e desenvolve uma proposta para tratar 100% dos seus resíduos oportunizando mobilização e participação social... (2011).

Como refere a doutrina especializada (Jardim et al., 1995), os sistemas de limpeza urbana, de competência municipal, devem afastar o lixo das populações e dar um destino ambiental sanitariamente adequado, porém afastá-los dos olhos e destiná-los a céu aberto é o procedimento usual na maioria dos 5.570 municípios brasileiros. Os municípios enfrentam problemas como inexistência de uma política brasileira de limpeza pública, limitação financeira, arrecadação insuficiente, tarifas desatualizadas, falta de capacitação técnica, descontinuidade política, falta de controle ambiental e desinformações dos membros da comunidade sobre os efeitos maléficos dos RSU não gerenciados por um sistema adequado.

O projeto, em sua estrutura global guiada pela ideia de desenvolvimento sustentável e aproveitamento econômico, contempla algumas diretivas básicas que representam uma verdadeira hierarquia dos resíduos: prevenção e redução (educação ambiental), preparação para a reutilização, reciclagem, tratamento e eliminação.

Essa forma de encarar o problema vem de encontro aos objetivos da Lei n.º. 12.305, de 02.08.2010, que em seus arts. 7.º., inc. II, e 9.º., *caput*, dispõe que

na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

2 Objetivo do projeto

Um dos maiores problemas do meio ambiente artificial brasileiro (espaço urbano) são os resíduos sólidos produzidos pela sociedade urbano-industrial de massa (os chamados

“resíduos pós-consumo” de média ou alta complexidade), além dos produzidos pela intervenção do homem no meio ambiente, como poda de árvores, serragem de madeira, capina etc. O acúmulo e o descarte irracionais geram graves danos à saúde (com a proliferação de vetores de doenças), à segurança e ao meio ambiente (artificial e natural), afetando, decisivamente, a qualidade de vida da comunidade local.

A decomposição natural do lixo a céu aberto (em aterros comuns ou “lixões”) produz metano (CH₄), gás carbônico (CO₂) e outros gases poluentes. O chorume, por exemplo, com o seu alto teor ácido e bacteriano, se infiltra no solo e contamina o lençol freático, além de cursos d’água (contaminando os peixes), e se a água for usada na irrigação agrícola, a contaminação pode alcançar os alimentos (frutas, verduras, legumes etc).

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde pública, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional (STF, RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12.09.2000, DJ de 24.11.2000).

O objetivo do “*PROJETO LIXO AMIGO*” é transformar um problema numa solução, um inimigo num amigo e num parceiro, de coisa sem valor (imundície, sujeira ou *res derelictae*) em insumo capaz de gerar riqueza (“matéria-prima fora do lugar ou dinheiro jogado fora”), daí o nome atribuído ao projeto: “*LIXO AMIGO*”. A vilania atribuída ao lixo não recebe guarida na PNRS (Política Nacional de Resíduos Sólidos – Lei n. 12.305, de 02.08.2010) que reconhece o resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem econômico e de valor social, gerador de trabalho e renda e promotor de cidadania (art. 6º., VIII).

O projeto também não pode ser dissociado do princípio da solidariedade intergeracional (gizado na CF/88, art. 225) que determina a responsabilidade de preservação do meio ambiente em condições adequadas para as futuras gerações. Mesmo que predomine uma visão antropocêntrica na preservação ambiental, e até por isso mesmo, as gerações presentes têm uma responsabilidade inafastável em relação às gerações vindouras. É a submissão a uma ética de alteridade pela continuidade da espécie humana no planeta.

Em linhas gerais, o projeto é inspirado pela ideia de desenvolvimento sustentável e de aproveitamento econômico (conciliando interesses sociais e ambientais com uma lógica de mercado), contemplando, sistemicamente, as dimensões política, econômica, ambiental, cultural, tecnológica e social.

A ideia de enfrentar o problema tomou corpo em 2010, sob o influxo da PNRS, e a partir daí foram traçados os seguintes passos²:

- 1- Identificação e diagnóstico do problema.
- 2- Análise de soluções alternativas.
- 3- Proposta de uma solução específica.
- 4- Decisão sobre a adoção da solução específica.
- 5- Integração e compartilhamento do projeto com a comunidade.
- 6- Formulação de um plano de implementação.
- 7- Implementação e execução do plano.

Na busca da neutralização ou da minimização dos riscos ao meio ambiente e à saúde pública, todos os mecanismos de gestão de resíduos foram submetidos a uma análise à luz da realidade apresentada pela cidade de Novo Airão. Adotou-se, claramente, a prática dos 3Rs: reduzir (evitando a produção

² Para Backer (1995, p.238) a elaboração de uma estratégia ecológica deve contemplar a fase de identificação das prioridades, fase de diagnóstico, fase de planos e a fase de síntese, ou seja, a estratégia ecológica.

de resíduos mediante a mudança de hábitos de consumo – através de um massivo programa de educação ambiental), reutilizar (reaproveitando o material em outra função, numa contraofensiva à “cultura do descartável”) e reciclar (transformando materiais já usados, por meio de processo artesanal ou industrial, em novos produtos).

O projeto comporta a construção de um aterro sanitário para receber o passivo ambiental (resíduos contaminados) e o rejeito inservível, mas a intenção é reduzir, ao máximo, a utilização do referido aterro (alongando sua vida útil). Isso porque um aterro sanitário, como dizem Morgado/Ferreira (2006), propicia uma intensa degradação de grandes extensões de área, causando desvalorização das mesmas, bem como problemas de vizinhança³, seguido de problemas de saúde pública. É, portanto, nas atuais circunstâncias um mal necessário, à míngua de melhores tecnologias de gestão.

3 Reuniões, discussões e amadurecimento do projeto

Foram realizadas inúmeras reuniões, envolvendo vários parceiros do projeto, até o ponto da elaboração do projeto executivo por uma equipe de especialistas da Universidade Federal do Amazonas mediante ajuste contratual com a Prefeitura de Novo Airão. Abaixo segue tabela com as reuniões, datas e parceiros participantes:

³ Não por acaso, as manifestações contrárias à instalação de depósitos de lixo nas proximidades de áreas urbanas passaram a ser conhecidas, internacionalmente, pela sigla NIMBY, referente à expressão inglesa “not in my back yard”, que reflete o paradoxal interesse de todos em ter o problema resolvido, desde que longe “do meu quintal” (Disponível em: <www.epe.gov.br>. 2008).

Reunião	Participantes
1ª reunião (29/11/2010)	Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Professora Ana Lúcia Soares Machado (UFAM); Professora Anete Barroso Amâncio (IBAMA); Sr. Antônio Stroski (IPAAM)
2ª reunião (13/12/2010)	Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Professora Ana Lúcia Soares Machado (UFAM); Professor Agenor Vicente da Silva (IBAMA); Professora Anete Barroso Amâncio (IBAMA)
3ª reunião (20/12/2010)	Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Leosvaldo Roque Miguéis (Prefeito de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Edmar Passos da Costa (Assessor Técnico de Novo Airão); Professora Ana Lúcia Soares Machado (UFAM); Professor Agenor Vicente (IBAMA); Professora Anete Barroso Amâncio (IBAMA); Sr. Antônio Stroski (IPAAM)
4ª reunião (22/02/2011)	Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Professora Ana Lúcia Soares Machado (UFAM); Sr. Luis Mourão Filho (Secretário de Org. Fundiária de Novo Airão); Professor Agenor Vicente (IBAMA); Sr. Marcos Antônio de Souza Lima (IBAMA); Sr. José Adailton Albas (SEMMAS); Sra. Vanderléia Ieira Silva (SEMMADS – Sec. de Meio Ambiente de Novo Airão); Sra. Clarisse Bassi (SEMMADS); Sra. Elba Calvalcante dos Santos (SEMEC – Secretaria Municipal de Educação de Novo Airão); Sr. Jander de Jesus F. Silva (IDAM – Instituto de Desenvolvimento Agropecuário e Florestal Sustentável do Estado do Amazonas); Sra. Roseli Vales Arantes (Chefe de Gabinete de Novo Airão); Sra. Elzilene Barbosa da Silva (FVA – Fundação Vitória Amazônia); Sr. Flávio Farias de Oliveira Neto (CT); Sr. Adilson Moura (Vereador de Novo Airão); Sr. Elias Araújo Chaves (Estudante)

<p>5ª reunião (11/03/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Leosvaldo Roque Miguéis (Prefeito de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sra. Clarisse Bassi (SEMMAS); Sra. Vanderléia Ieira Silva (SEMMAS); Sra. Gabrielle C. Mourão (Secretária da Sec. de Organização Fundiária de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretário de Org. Fundiária de Novo Airão); Sra. Roseli Vales Arantes (Chefe de Gabinete de Novo Airão); Professor Robson Gomes (Novo Airão); Sr. Adriano A. C. R. Silva (SEMINF – Secretaria Mun. de Infraestrutura); Professor Agenor Vicente da Silva (IBAMA); Sr. Hamilton Casara (IBAMA); Professora Anete Barroso Amâncio (IBAMA); Sr. Edson Ribeiro Gomes (IPAAM); Sr. Marcos Antônio de Souza Lima (IBAMA)</p>
<p>6ª reunião (18/04/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sra. Gabrielle C. Mourão (Secretária da Secretaria de Organização Fundiária do Município de Novo Airão); Professor Robson Gomes (Novo Airão); Sr. Jhames Rocha Medeiros (Engenheiro de Novo Airão); Sr. Edson Pinheiro Gomes (IPAAM); Sr. Ismael Robson Campos Pereira (IPAAM)</p>
<p>7ª reunião (10/05/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretário de Org. Fundiária de Novo Airão)</p>
<p>8ª reunião (17/06/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Dr. André Luiz Farias de Oliveira (Advogado – Pref. de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretário de Org. Fundiária de Novo Airão); Sr. Edson Pinheiro Gomes (IPAAM); Sr. Marcelo Parise (Analista Ambiental - Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade)</p>

<p>9ª reunião (22/07/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Antônio Stroski (IPAAM); Professora Ana Lúcia Soares Machado (UFAM); Sr. Rodrigo Ribeiro de França Serravalle (Representante da Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. Melvin Juan Almeida Revilla (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sra. Rute Ferreira Lima (Assoc. Amazonense dos Municípios)</p>
<p>10ª reunião (29/07/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. José Adaiton Alves (Secretário Executivo Adjunto da SDS); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretario de Org. Fundiária de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Dr. André Luiz Farias de Oliveira (Advogado – Pref. de Novo Airão); Sr. Jair Couto (Presid. da Assoc. Amazonense de Municípios); Sr. Rodrigo Ribeiro de França Serravalle (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sra. Rute Pereira Lima (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. Rafael Pereira Pinto (Analista Ambiental – ICMBio)</p>
<p>11ª reunião (19/08/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Sr. Leosvaldo Roque Miguéis (Prefeito de Novo Airão); Sr. Valdecir Santana (Vice- Prefeito de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão) Sr. Rodrigo Ribeiro de França Serravalle (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. Rui Moura Bananeira (Assoc. Amazonense dos Municípios)</p>
<p>12ª reunião (16/09/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Sr. Elias Simão Assayag (Departamento de Hidráulica e Saneamento da UFAM); Sr. Rui Moura Bananeira (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. José de Castro Correia (Diretor da Faculd. de Tecnologia da UFAM); Sr. Paulo Ricardo Rocha Farias (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. Jabes Pinto da Silva (Representante da SDS); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretario de Org. Fundiária de Novo Airão); Sr. Ernesto Oliveira Serra Pinto (Centro de Ciências do Ambiente da UFAM)</p>

<p>13ª reunião (04/10/2011)</p>	<p>Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Paulo Ricardo Rocha Farias (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Professora Lilyanne Rocha Garcez (Departamento de Hidráulica e Saneamento da UFAM)</p>
<p>14ª reunião (28/11/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz André Mourão (Secretário de Finanças de Novo Airão); Sr. José Robson Gomes da Silva (Assessor de Novo Airão); Sra. Rute Ferreira Lima (Assoc. Amazonense dos Municípios)</p>
<p>15ª reunião (05/12/2011)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Rômulo Henrique da Cruz (Superintendente da FUNASA) Sr. Rui Moura Bananeira (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sra. Rute Ferreira Lima (Assoc. Amazonense dos Municípios); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretario de Org. Fundiária de Novo Airão); Sr. Jhames Rocha Medeiros (Engenheiro Civil de Novo Airão)</p>
<p>16ª reunião (10/01/2012)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretario de Org. Fundiária de Novo Airão); Sr. Elias Simão Assayag (Departamento de Hidráulica e Saneamento da UFAM)</p>
<p>17ª reunião (30/03/2012)</p>	<p>Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Procurador de Justiça Mauro Veras Bezerra (CAO-PRODEMAPH); Sr. Leosvaldo Roque Migueis (Prefeito de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); Sr. Luiz Mourão Filho (Secretario de Org. Fundiária de Novo Airão); Prof. Frederico Arruda (Pré-Reitor de Extensão da Ufam)</p>

18ª reunião (10/04/2012)	Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues; Raimundo Valdecir Santana (vice-prefeito de Novo Airão); Sr. Mário Jorge Carmim (Secretário de Meio Ambiente de Novo Airão); André Luiz Farias de Oliveira (Advogado da Prefeitura de Novo Airão); Gerald Edgard Gessner (comunitário); João Carlos Leite (comunitário); (comunitário); José Fernando Barbosa (comunitário); Mário Jorge Ferreira (comunitário)
-----------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Como etapas do projeto foram realizadas as seguintes atividades:

1- Estudo gravimétrico:

A determinação da composição gravimétrica dos resíduos constitui-se num dado essencial para qualquer esquema de gerenciamento. Além dos aspectos qualitativos, o estudo levantou a quantidade de resíduos produzidos por dia (ton/dia) e a produção *per capita* (ton/hab.dia). São dados importantes para serem empregados nas fases de diagnóstico e de planejamento.

Consta do referido estudo que a cidade de Novo Airão produz entre resíduos domésticos, podas e entulho uma média de 6.199,75 kg/dia. Produção estimada por habitante é de 0,590 kg/hab./dia. Dos resíduos recicláveis a composição é a seguinte: Plástico rígido = 3%; plástico filme = 21%; PET = 2%; papelão = 14%; papel/jornal = 5%; ferro = 5%; alumínio = 2%; matéria orgânica = 48%.

2- Arrecadação e regularização de terreno adequado para a implantação física do projeto:

A prefeitura de Novo Airão depositava os resíduos numa área afastada 13 km do núcleo urbano, dentro da margem de 5 a 20 km recomendada pela literatura (Lange et al., 2002, p. 151) como ideal para a construção do aterro sanitário. A área

arrecadada é contígua ao antigo lixão. O trecho de acesso é asfaltado (rodovia AM-352), apresentando perfeitas condições para o tráfego dos veículos de coleta. A área dispõe de rede elétrica e possibilidade de fácil acesso a água.

3- Obtenção de licença prévia (n. 114/11) junto ao Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas – IPAAM.

4- Estudo pedológico feito pela CPRM (no período de 22 a 25 de agosto de 2011).

Aqui foi feita uma caracterização preliminar da área como: tipo de solo (análise granulométrica, condutividade hidráulica, limite de consistência, permeabilidade etc.), tipo de cobertura vegetal, ventos predominantes e relevo.

Neste estudo, é realizado também um levantamento da hidrologia da área delimitada para o posicionamento do aterro, pois os lixiviados (líquidos altamente poluentes gerados nos sistemas de aterramento) representam um perigo de poluição dos recursos hídricos.

4 Trabalho intersetorial

Da concepção à implementação do projeto foram desenvolvidos um engajamento e um trabalho intersetorial (cf. item 3), com o envolvimento e a articulação de diversos órgãos públicos, instituições e setores da sociedade civil, integrando interesses, necessidades, conhecimentos (experiências) e poderes, com o fim de moldar as melhores alternativas e decisões para a cidade. Tentou-se agregar todo o potencial cooperativo das estruturas sociais em prol dos objetivos definidos.

O conhecimento cartesiano e setorial já não consegue trabalhar com a multiplicidade de variáveis que tornam os problemas impossíveis de uma leitura pela visão do simples especialista. Cada um deles detém uma parte da verdade, das

explicações, mas não da totalidade. Em relação a todas as técnicas que não pertencem à sua especialidade, o especialista é tão ignorante quanto o cidadão comum. A tecnificação do mundo tem como inevitável contrapartida certa extensão da ignorância humana. E quanto mais o saber-fazer se diferencia e aumenta em eficácia (FOUGEYROLLAS, 1960, p. 11/12), menos é possível o controle intelectual do homem sobre o conjunto das operações que efetua ou das quais participa.

O atual estágio da ciência exige uma nova visão de mundo, diferente e não fragmentada. A abordagem que analisa e tenta compreender o mundo em partes independentes já não funciona. Já não se pode prescindir de uma visão mais ampla, integradora, global, para que a mente humana funcione de modo mais harmonioso no sentido de colaborar para a construção de uma sociedade mais ordenada, justa, humana, fraterna, estável (MORAES, 1997, p. 20)⁴ e segura.

Em relação aos resíduos sólidos urbanos esse trabalho intersetorial é fundamental, pois como consta da PNRS (art. 7º., inc. VII) o gerenciamento desses resíduos deve ser integrado, ou seja,

deve englobar etapas articuladas entre si, desde a não geração até a disposição final, com atividades compatíveis com as dos demais sistemas do saneamento ambiental, sendo essencial a participação ativa e cooperativa do primeiro, segundo e terceiro setor, respectivamente, governo, iniciativa privada e sociedade civil organizada (ZANTA et al.).

⁴ Sobre o tema, *vide* também Marilda Aparecida Behrens, A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente, *R. Bras. Est. Pedag.*, Brasília, v. 80, n. 196, p. 383-403, 1999.

5 Passo a passo do projeto

5.1 Coleta seletiva, serviços de coleta e reciclagem

Os resíduos sólidos oriundos dos setores comercial, residencial, de varrição e de serviços (limpeza de logradouros e vias públicas), depois de recolhidos seletivamente (conforme sua constituição ou composição), devem passar por um sistema de gerenciamento (centro de triagem, desmontagem e trituração), a partir do qual serão destinados: para a reutilização, para a reciclagem, para a compostagem ou para um aterro sanitário.

A coleta seletiva será de todos os materiais comercializáveis (recicláveis) ou que possam ser reutilizados, e deve estabelecer, de início, a separação dos resíduos secos e úmidos. Essa forma inicial básica de segregação visou à facilidade de execução, buscando uma solução com menos impacto na rotina doméstica e que facilitasse a compostagem e a reciclagem (Lange et al., 2002, p. 188). Posteriormente, com a consolidação e o aperfeiçoamento do programa de educação ambiental, pode ser estendida à separação dos resíduos secos em suas parcelas específicas (papel, plástico, metal, vidro etc.).

A ação de segregar os resíduos com base em suas características possibilita a sua valorização e maior eficiência das demais etapas subsequentes de gerenciamento por evitar a contaminação de quantidades significativas de materiais reaproveitáveis em decorrência da mistura de resíduos (ZANTA et al., 2002, p. 12).

A coleta seletiva de lixo constitui parte integrante e importante de um projeto de reciclagem e, quando bem gerenciada, contribui para aumentar a eficácia na reciclagem. Não é uma atividade lucrativa capaz de gerar um retorno econômico imediato. Todavia, por outro lado, gera ganhos ambientais e sociais bastante expressivos.

Existem dois modelos de coleta dos materiais segregados: pode ser realizada de porta em porta com veículos coletores apropriados (caminhões compactadores, basculantes, com carroceria de madeira aberta, caminhões-baú etc.) ou por meio de Postos de Entrega Voluntária (PEV). Obviamente que um caminhão compactador não é adequado para uma coleta seletiva seguida de triagem com vistas à reciclagem.

Após passar pelo centro de triagem, o armazenamento e a estocagem destes resíduos ocorrerão em galpão próprio em espaço físico contíguo. O material, após ser conferido, separado e estocado, será posto à venda.

Para a implantação da coleta seletiva e o envolvimento de toda a população de Novo Airão será destravado um amplo e massivo programa de educação ambiental, integrando atividades de informação, sensibilização e mobilização. Uma série de providências deve ser adotada: confecção de placas sinalizadoras e de cartazes, treinamento dos funcionários responsáveis pela coleta, elaboração de folhetos informativos (com horários, frequências etc).

É importante ressaltar que a educação ambiental é uma campanha contínua e que se retroalimenta com os resultados positivos alcançados com o projeto, os quais devem ser divulgados amplamente para funcionarem como estímulo e incentivo aos setores envolvidos. Canais de comunicação entre a população e os órgãos responsáveis pelos serviços de limpeza urbana também devem ficar permanentemente abertos (*vide* item 5.3.2).

A coleta seletiva bem como o recolhimento dos resíduos sujeitos à logística reversa (centro de recolhimento) serão feitos pela associação de catadores (art. 40, Decreto n. 7.404, de 23 dez. 2010) constituída por pessoas físicas de baixa renda. A contratação pelo poder público municipal desta associação para os serviços públicos de limpeza urbana, coleta seletiva

e logística reversa dispensa licitação (art. 36, §2º, da Lei 12.305/2010 e art. 44, I, Dec. 7.404/2010).

É importante ressaltar que a reciclagem ainda é o melhor método de tratamento de lixo, em relação ao meio ambiente, uma vez que diminui a quantidade de resíduos enviada a aterros sanitários e reduz a necessidade de extração de mais matéria-prima da natureza (Deluca et al., 2007). A reciclagem constitui, em princípio, uma forma ambientalmente eficiente de aproveitamento energético de resíduos urbanos.

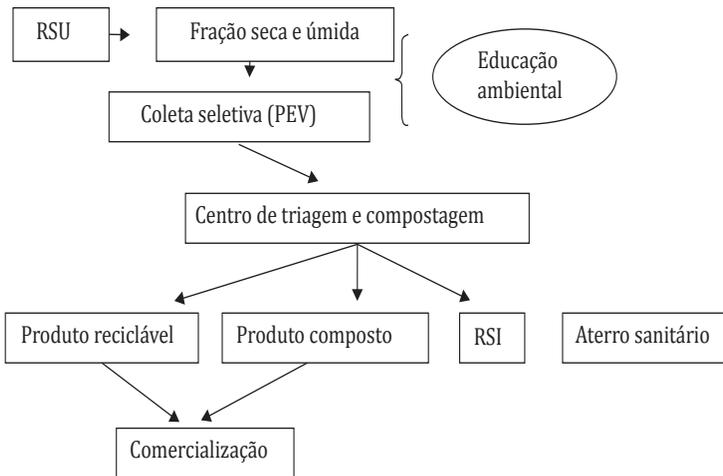


Figura 1- Atividades operacionais relacionadas ao projeto “Lixo Amigo”

5.2 Associativismo e organização comunitária

No desenvolvimento do projeto verificou-se que, no lixão de Novo Airão, existem duas famílias que sobrevivem de catar produtos recicláveis (“garimpeiros”), mas sem nenhuma

organização associativa, proteção e segurança sanitária ou garantia de ganhos reais ou justos.

O Projeto “Lixo Amigo” contempla a capacitação desses e de outros “catadores” para que comecem ou continuem em seu labor recuperador de materiais recicláveis ou reutilizáveis, mas em condições adequadas de salubridade, organizados em cooperativas ou associações, onde este trabalho seja valorizado e em que possa ser agregado valor aos produtos recuperados, conseguindo-se, assim, ampliar a renda, por ocasião de sua comercialização.

Em parceria com o SEBRAE busca-se a criação de uma Associação de Recicladores com três objetivos bem claros: preservação do meio ambiente, geração de emprego/renda com emancipação econômica dos catadores (economia solidária) e resgate da cidadania proporcionando uma melhor qualidade de vida aos integrantes do programa.

Os membros da associação devem receber curso de capacitação em reciclagem.

A criação de uma associação de catadores de materiais recicláveis e reutilizáveis integrada por pessoas físicas de baixa renda para o projeto “lixo amigo”, além dos efeitos sociais positivos, confere prioridade ao município de Novo Airão no acesso aos recursos da União ou por ela controlados para o gerenciamento dos resíduos sólidos (art. 79, II, “b”, Dec. 7.404/2010).

É importante salientar que o poder público pode contratar sem licitação esse tipo de associação ou cooperativa para os serviços públicos de limpeza urbana, coleta seletiva e logística reversa, sendo proibida, por lei (Lei n. 11.445/2007, art. 10, *caput*), a elaboração de convênios, termos de parceria ou outros instrumentos jurídicos de natureza precária.

5.3 Educação ambiental e participação ativa da comunidade

Entendem-se por educação ambiental os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (Lei n. 9.795, de 27.04.1999, art. 1º.).

De acordo com o princípio n. 10 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, “a melhor maneira de tratar questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados”.

A participação da comunidade de cada localidade, nos processos de planejamento, elaboração dos projetos, viabilização do financiamento, execução, definição da prestação dos serviços e avaliação, é condição fundamental para a implementação e o êxito do projeto local sustentável de saneamento ambiental (MORAES et al., 1998, p. 27).

O Projeto “Lixo Amigo” foi idealizado, concebido e conduzido com base em metodologias e princípios participativos. Foi acolhido no projeto um programa municipal de educação ambiental nas escolas. E partindo desse ponto, o programa foi estendido à população pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, desde o diagnóstico, discussão, elaboração e execução de ações, com o fim muito claro de incorporar as questões ambientais à cultura local.

Dentro do programa de educação ambiental algumas estratégias são adotadas, como:

1- Capacitação de agentes de educação ambiental para funcionarem como vetores de multiplicação visando atingir um maior número de pessoas;

2- Ações educativas voltadas à conscientização dos

consumidores com relação ao consumo sustentável e às suas responsabilidades no âmbito da responsabilidade compartilhada;

3- Elaboração e implementação de planos de consumo sustentável;

4- Divulgação dos conceitos relacionados à coleta seletiva, à logística reversa, ao consumo consciente e com a minimização da geração de resíduos sólidos;

5- Incentivo ao consumo de produtos mais apropriados ambientalmente;

6- Palestras, feiras de ciência e panfletagem.

7- Instalação de espaço de educação ambiental no Centro de Triagem (aberto à visitação pelos alunos das escolas locais e para a capacitação dos agentes de educação ambiental);

8- Criação de um *slogan* suficientemente atraente para envolver os moradores e os turistas.

A educação ambiental surge como um esforço pedagógico de articular conhecimentos, metodologias e práticas ditadas pelo paradigma da sustentabilidade, através do qual as pessoas não só se qualificam, mas se sensibilizam para reencontrar suas pertinências e afinidades com a natureza e o Universo (HOLLANDA, 2009).

Antes da elaboração do projeto executivo e, até mesmo paralelamente a este, como forma de revisão e consolidação de decisões, serão realizadas audiências públicas com a população local. Esse controle social deve garantir à sociedade informações, representações técnicas e participações nos processos de formulação de políticas, de planejamento e de avaliação relacionados aos serviços públicos de limpeza urbana.

É princípio básico de educação ambiental que seja contínua e permanente (arts. 4º, V e 10, *caput*, da Lei n. 9.795/1999), apresentando enfoque humanista, holístico, democrático e participativo.

Quando há solução de continuidade num programa de educação ambiental algumas consequências indesejáveis se verificam: parte da população esquece os conceitos e práticas assimiladas; a segregação doméstica dos materiais diminui, aumentando a carga de trabalho para a equipe de trabalhadores do Centro de Triagem; a vida útil do aterro sanitário é reduzida por conta da maior quantidade de resíduos sólidos etc.

5.3.1 Criação do Conselho Municipal de Saneamento Ambiental

Como mecanismo para engendrar a participação da comunidade local no gerenciamento e na gestão do saneamento ambiental⁵, em especial dos resíduos sólidos, o projeto contempla a criação, por meio de lei, de um Conselho Municipal de Saneamento Ambiental.

5.3.2 Central de atendimento e informações

Como já dissemos, canais de comunicação entre a população e os órgãos responsáveis pelos serviços de limpeza urbana devem ser criados e ficar permanentemente abertos. Neste sentido, a criação de uma central de atendimento e informações pela prefeitura pode viabilizar um sistema de comunicação ágil e eficiente entre o cidadão e o poder público, permitindo o atendimento da demanda de informações e solicitações da população, a participação social nos processos decisórios, a divulgação dos serviços prestados e o

⁵ O conceito de saneamento básico, por ser demasiado restrito, foi substituído, recentemente, por saneamento ambiental que lida de forma integrada com os diversos componentes (água, esgoto, resíduos sólidos, drenagem e controle de vetores – Paula Pinto, 1999).

esclarecimento de eventuais dúvidas.

A Central de Atendimento pode oferecer o serviço à população por meio de telefone e internet. Através dessa ferramenta, o cidadão pode solicitar qualquer informação e serviço relativo ao sistema de limpeza urbana, facilitando o acesso, atendimento e conhecimento das ações e dos serviços públicos municipais.

Além disso, a Central pode atuar como um disque denúncia. Esta medida integra o cidadão e contribui para a diminuição de irregularidades ambientais, despejos inadequados e indiscriminados de resíduos ou insatisfação com serviços de coleta e transporte. Ao ligar para a prefeitura, o denunciante fornece dados que possam identificar o local da irregularidade, como: nome do logradouro, horário do despejo dos resíduos, número da placa do veículo usado no transporte etc. As reclamações feitas fora do horário comercial são registradas em uma secretária eletrônica e apuradas pelos fiscais do setor durante a semana⁶.

5.4 Centro de triagem, desmontagem, prensagem e trituração

A Lei n. 11.445, de 05.01.2007, que estabelece as diretrizes para o saneamento básico, prevê que o serviço público de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos é composto, dentre outras atividades, pela “triagem para fins de reúso ou reciclagem, de tratamento, inclusive por compostagem e de disposição final dos resíduos” (art. 7º, inc. II).

Em local físico já arrecadado pela Prefeitura de Novo Airão

⁶ Cf. Plano de gerenciamento integrado de resíduos sólidos – PGIRS, Vol. II, Proposições, Rio Negro-PR, 2008. Disponível em: <<http://www.rionegro.pr.gov.br/downloads/documentos/pgrsmunvol01.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

será construído um pavilhão contendo vários equipamentos, como: prensa enfardadeira (para enfardar os materiais recicláveis de menor peso – papel, plástico - a fim de facilitar a estocagem e o transporte), picotadeira de papel, balança, empilhadeira hidráulica, *container* para separação de resíduos e mesa *inox* para triagem. Nessa unidade será feita a separação mais criteriosa dos materiais com visio à comercialização.

O material reciclável proveniente da coleta seletiva é disposto junto à mesa, separado pelos funcionários associados e, em seguida, armazenado nos locais conforme o tipo. O tamanho do centro ou da unidade de triagem será proporcional à quantidade de resíduos gerados e o tempo necessário de estocagem para encher um caminhão que transportará os resíduos com o fim de comercialização.

O centro de triagem terá uma casa de apoio com cozinha, refeitório e banheiros.

Como parte integrante do centro, será construído ao lado um pátio de compostagem consistente numa área pavimentada capaz de processar tantas leiras (considerando no dimensionamento a necessidade de reviramento) quanto seja a produção de material compostável pela cidade.

5.5 Tratamento da fração orgânica por processos biológicos

5.5.1 Compostagem

A compostagem é um conjunto de técnicas utilizadas para provocar a decomposição de materiais orgânicos, a fim de obter, em pouco tempo, um material estável, rico em nutrientes minerais, constituindo-se num excelente fertilizante orgânico.

Pelo estudo gravimétrico realizado, constatou-se que os

resíduos sólidos orgânicos produzidos em Novo Airão atingem um percentual elevado. A prática comum na cidade para o descarte desse material restringia-se a dois modelos: queima ou lançamento em lixão a céu aberto para a decomposição natural.

Transformado em compostagem esse material, alguns benefícios são claramente alcançáveis como: aumento da atividade biológica, retenção de nutrientes e diminuição de fertilizantes químicos na atividade agrícola. E pensando no incremento da agricultura local, estabeleceu-se uma parceria entre o projeto e a Secretaria de Produção do município.

A transformação do lixo orgânico em compostagem é claramente estimulada pela Lei n. 12.305/2010, art. 36, inc. V:

No âmbito da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, cabe ao titular dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, observado, se houver, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos:

V - implantar sistema de compostagem para resíduos sólidos orgânicos e articular com os agentes econômicos e sociais formas de utilização do composto produzido.

Em geral, a reciclagem exige um processo transformador com emprego de recursos naturais e possibilidade de geração de resíduos (ZANTA et al., p. 9), o que não se passa com a compostagem.

Pelo projeto “lixo amigo” a compostagem em Novo Airão é vista como uma parte importante da estratégia integrada de gestão dos RSU's. Deve ser construído um pátio de compostagem consistente numa área pavimentada capaz de processar tantas leiras quanto seja a produção de material compostável pela cidade.

5.5.2 Biogás

O reaproveitamento energético dos resíduos orgânicos através da produção de gás metano e dióxido de carbono (CASTILHOS JR. et al., p. 26) é uma alternativa que pode ser implementada em Novo Airão.

O biogás pode ser utilizado diretamente como combustível térmico, como fonte de produção de energia mecânica ou, ainda, na fabricação de outro produto energético como vapor ou eletricidade. A solução mais simples é adicionar o biogás de aterro sanitário a um outro gás já distribuído - gás natural, por exemplo (CASTILHOS JR. et al., p. 41).

Todavia, existem algumas circunstâncias locais que podem inviabilizar a alternativa ou, no mínimo, sugerir mais estudos e análises.

Um parâmetro importante é a distância entre o local de produção e o de utilização, que deve ser a mais próxima possível, a fim de evitar custos importantes de implantação de canalizações. Em Novo Airão, o aterro sanitário projetado ficará a mais ou menos 13 quilômetros da massa urbana, o que indica a necessidade de logística custosa para a distribuição do gás.

A pequena quantidade de resíduos orgânicos produzidos pela cidade aliada aos custos de conversão energética (um sistema de captação de gás metano ou biodigestores anaeróbicos), armazenamento e distribuição (canalização), inviabiliza economicamente a ideia para o microcosmo do município, embora possa ser posta em prática num eventual consórcio (na gestão dos resíduos) entre os municípios da região metropolitana de Manaus ou, até mesmo, em caráter experimental na cidade de Novo Airão (a depender da captação de recursos).

Vale ainda ressaltar que a geração do biogás depende da

idade do aterro e acontece na última fase de decomposição do resíduo, a qual é chamada de metanogênica. Na plenitude dessa fase, que pode demorar alguns anos para acontecer, é quando será mais intensa a geração do biogás (LANGE et al., 2002, p. 169). Tendo em vista esses aspectos, no início do funcionamento do aterro, a produção de biogás será insignificante, do ponto de vista econômico, e mesmo com o passar do tempo não renderá o suficiente para justificar o investimento.

Além disso, especialistas apresentam outras desvantagens do GDL (gás de lixo): a ineficiência no processo de recuperação do gás, que permite um aproveitamento de aproximadamente 40% do total de GDL produzido; a inviabilidade de utilização do metano para lugares remotos; o alto custo para atualizar a planta; possibilidades de ocorrência de autoignição e/ou explosão pelas elevadas concentrações de metano na atmosfera (HENRIQUES, 2004, p. 61); o GDL faz parte do grupo dos “gases do efeito estufa” – GEEs (CASTILHOS JR. et al., p. 35) responsável pelos danos à camada de ozônio e pelo aquecimento global.

5.6 Reciclagem do plástico para aplicação como elemento estrutural

A aplicação de plásticos reciclados para elementos estruturais como substituto da madeira (construção de casas, bancos de praça, meio-fios de estacionamento e de logradouros, cercas divisórias etc.) é uma realidade, principalmente nos Estados Unidos e, em menor escala, no Canadá e na Inglaterra. A tecnologia desenvolvida nas universidades já ultrapassou a escala experimental de laboratório e chegou aos pátios das fábricas, com a produção em grande escala (PARENTE;

PINHEIRO, 2008). Um fator limitante é a elevada temperatura registrada na cidade. Nos materiais viscoelásticos, à medida que se aumenta a temperatura, diminui-se o módulo de elasticidade. Em se tratando de materiais estruturais, a perda de rigidez torna-se crítica, pois é indesejável que surjam deformações excessivas, causa de desconforto aos usuários e até do colapso da estrutura (PARENTE; PINHEIRO, 2008). Essa limitação pode ser superada pelo uso de materiais combinados ou compósitos. É de se pensar, por outro lado, que embora o custo inicial seja maior que o dos outros materiais, o desempenho e a vida útil (além do baixo peso e adequada resistência) do plástico reciclado como elemento estrutural podem viabilizar a alternativa (dependendo de estudos e dos recursos disponibilizados para o projeto).





Figura 2 - Deque e píer com elementos de plástico reciclado - Plastic Lumber Yard/EUA (PARENTE, 2008).

Os plásticos, segundo Pinheiro et al., são divididos em duas categorias principais: termofixos e termoplásticos.

Os termofixos uma vez moldados por um dos processos de transformação, não podem sofrer novos ciclos de processamento, pois não se fundem novamente.

Os termoplásticos são materiais que podem ser reprocessados várias vezes pelo mesmo ou por outro processo de transformação. Quando submetidos ao aquecimento a temperaturas adequadas podem ser novamente moldados. Como exemplos podem ser citados:

1- Polietileno de baixa densidade (PEBD): as principais aplicações são em frascos espremíveis, brinquedos, ampolas de soro, embalagens para produtos medicinais, linear de tambores, para proteção de alimentos na geladeira ou micro-ondas, sacolas de supermercados, sacos industriais, sacos para

lixo, filmes flexíveis, lonas agrícolas etc.;

2- Polietileno de alta densidade (PAAD): usado na confecção de engradados para bebidas, baldes, produtos químicos, bombonas, tubos para líquidos e gás, tanques de combustível, autopeças etc.;

3- Policloreto de vinila (PVC): usado em garrafas de água mineral, tubos e conexões para água, calçados, cabos elétricos, equipamentos médico-cirúrgicos, lonas, esquadrias, revestimentos etc.;

4- Polipropileno (PP);

5- Politereftalato de etileno (PET): utilizado na fabricação de garrafas e embalagens para refrigerantes, águas, sucos, óleos comestíveis, medicamentos; cosméticos, produtos de higiene e limpeza, destilados, isotônicos, cervejas, entre vários outros. Embalagens termoformadas, chapas e cabos para escova de dente são outros exemplos de utilização da resina.

6- Poliestireno (PS) usado nas embalagens (principalmente copos e potes para indústria alimentícia), copos descartáveis e caixas de CDs/fitas cassete.

5.7 Gestão dos resíduos sujeitos à logística reversa: criação de posto ou centro de recolhimento

A logística reversa ou reversível é o fluxo físico de produtos, embalagens e outros materiais do ponto de consumo até o local de origem (fabricante, importador etc), para reaproveitamento no ciclo produtivo ou outra destinação ambientalmente adequada. A Lei 12.305/2010 apresenta a seguinte definição:

Instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para

reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada. (art. 3º., XII).

As empresas têm uma clara tendência de tornarem-se cada vez mais responsáveis por todo o ciclo de vida de seus produtos. Isso significa ser legalmente responsável pelo seu destino após a entrega aos clientes e pelo seu impacto no meio ambiente (COSTA et al.).

Estão sujeitos à logística reversa os seguintes resíduos: pilhas⁷ e baterias (Resolução Conama n. 401, de 4 nov. 2008); pneus (Resolução Conama 416, de 30 set. 2009); óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens (Res. Conama n. 362, de 23 jun. 2005/Res. Conama n. 450, de 6 mar. 2012); embalagens de produtos agrotóxicos (Lei n. 7.802, de 11 jul. 1989, art. 6º., §2º; Lei n. 12.305/2010, art. 33, inc. I); lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista⁸ (Lei n. 12.305/2010, art. 33, inc. V); produtos eletrônicos e seus componentes (Lei n. 12.305/2010, art. 33, inc. VI).

A obrigação originária para estruturar e implementar sistemas de logística reversa é dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes (Lei n. 12.305/2010, art. 33). Através de audiências públicas e reuniões com o setor comercial do município essa obrigação será remarcada, mas

⁷ As pilhas alcalinas atendem às normas de segurança e podem ser jogadas normalmente no lixo comum (COSTA et al.).

⁸ As lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista possuem metal pesado líquido altamente tóxico para os seres humanos e à vida silvestre. O mercúrio se volatiliza facilmente a temperatura ambiente e tem elevada capacidade de dispersão. É persistente nos ambientes e, por meio do metabolismo microbiano, pode mudar de forma transformando-se em metilmercúrio. O metilmercúrio tem a capacidade de acumular-se nos organismos e concentrar-se nas cadeias alimentares, principalmente a aquática, contaminando os peixes e tornando-os a principal via de exposição e contaminação (<http://www.cimm.com.br/portal/noticia/exibir_noticia/7973-logstica-reversa-ser-implantada-em-2012-no-brasil>).

subsidiariamente será criado pelo poder público um posto de recolhimento desses resíduos (através de um acordo setorial – art. 15, do Decreto 7.404/2010 ou termo de compromisso dos comerciantes locais), para futuro repasse aos comerciantes, fabricantes ou importadores, para que estes adotem, direta ou indiretamente, os procedimentos de reutilização, reciclagem, tratamento ou disposição final ambientalmente adequada.

O objetivo é facilitar o acesso do consumidor a um sistema de coleta, fornecendo-lhe, por intermédio do programa de educação ambiental, informações sobre os mecanismos e resíduos sujeitos à logística reversa. Os benefícios ambientais são extremamente relevantes e justificam, por qualquer ângulo, tal iniciativa.

5.8 Aterro sanitário e recuperação do lixão

De acordo com a literatura especializada, tema, os aterros sanitários, quando operados corretamente, comportam-se de forma análoga a um filtro biológico, capaz de degradar grandes quantidades de matéria orgânica (PESSIN et al., p. 115).

Em Novo Airão, há um passivo ambiental imenso, pois o lixão recebeu por anos a fio (precisamente há 11 anos, segundo consta do estudo da CPRM) uma quantidade enorme de resíduos. De acordo com especialistas (PESSIN et al., p. 123), a remediação de lixões pode ser executada *in situ*, implementando-se medidas mitigadoras no próprio local da disposição inadequada, ou *ex situ*, removendo-se os resíduos para serem tratados ou dispostos em outra área. No Brasil, por limitações econômicas e tecnológicas, a remediação *in situ* é a mais utilizada e geralmente é conduzida de maneira que a área possa continuar recebendo resíduos, porém de forma controlada e segura. É a chamada adequação do local de disposição de resíduos.

O projeto “Lixo Amigo” opta pela recuperação *ex situ* e comporta a construção de um aterro sanitário para receber todos os resíduos sólidos contaminados que constituem o atual lixão da cidade e, doravante, o rejeito inservível para reutilização ou reciclagem, após serem esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis, economicamente viáveis (LEMOS, 2011, p. 86) e limpos.

O fechamento do aterro comum será feito após avaliação das condições de comprometimento ambiental do local e a construção do aterro sanitário em área já existente, de acordo com projeto técnico, considerando os problemas sanitários e ambientais envolvidos, observando em tudo o comando previsto no art. 3º., inc. VIII, da PNRS:

Distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.

No tocante às condições sanitárias, as ações necessárias correspondem à movimentação e conformação da massa de lixo contaminada; delimitação da área, identificação dos locais onde houve ou não a disposição de lixo e, por fim, a limpeza da área de domínio. Os aspectos ambientais são tratados através das seguintes ações: drenagem das águas superficiais; drenagem, coleta e tratamento de gases e chorume; cuidados para evitar/minimizar a contaminação do lençol freático e arborização do entorno da área (ALBERTE; CARNEIRO, KAN, 2005).

Todo o processo de recuperação ou reabilitação da área degradada ou contaminada pela deposição ambientalmente inadequada dos resíduos sólidos urbanos deverá ter um monitoramento ambiental com o objetivo de avaliar a eficiência

das ações restauradoras e de inertização do maciço de lixo.

A requalificação e a recuperação do aterro comum devem ser realizadas com a participação efetiva da comunidade local, através de consultas, audiências públicas e cursos contínuos de educação ambiental.

5.9 Monitoramento e treinamento de mão de obra local

Um aterro para disposição final de resíduos sólidos urbanos deve ser considerado como uma obra de engenharia e, para tal, passar por todas as etapas necessárias, incluindo um planejamento que leve a um projeto adequado, facilitando a implantação e otimizando a operação do mesmo. Por ser uma unidade que pode gerar poluição ambiental e apresentar problemas de instabilidade em seus maciços e na própria área de implantação, deve contar ainda com um sistema de monitoramento, que avalie a contaminação da área do entorno, recalques do terreno e eventuais deslizamentos da massa de resíduos (LANGE et al., 2002, p. 156).

Como diz Lange et al. (2002, p. 195), muitas experiências com aterros em pequenas comunidades falharam no Brasil, principalmente por não apresentarem sustentabilidade técnica e econômica. Bons projetos são desenvolvidos, contudo, na maioria das vezes, não são adequados à realidade das pequenas comunidades e, após serem implementados, são deixados a cargo das autoridades municipais, que normalmente não contam com técnicos para continuar operando o aterro.

Uma solução para isso é, por exemplo, a assinatura de um termo de cooperação técnica entre o município e a universidade, institutos de pesquisa ou órgãos públicos afetos à área ambiental para efeito de capacitação e transferência de tecnologia. O mosaico de setores criado em torno do projeto

“Lixo Amigo” já indica inúmeros parceiros capazes de fornecer o amparo técnico necessário.

6 Análise do mercado local para absorção dos resíduos recicláveis

O projeto “Lixo Amigo” não se encerra com a coleta, separação e armazenamento dos resíduos. É preciso identificar compradores para o material.

O alumínio é um dos principais produtos reciclados no Amazonas, tendo farto mercado no polo industrial. Depois de processado e beneficiado, é vendido, principalmente, para fabricantes de motocicletas instalados na região, que o utilizam como matéria-prima na fabricação de tanques de combustível, além de outros componentes.

7 Conclusão

O acúmulo e o descarte irracionais dos resíduos sólidos geram graves danos à saúde, à segurança e ao meio ambiente, afetando a qualidade de vida da comunidade local. E no caso de Novo Airão, por ser uma cidade com uma clara vocação turística, a má gestão dos resíduos sólidos pode gerar sensíveis prejuízos a essa atividade. A imagem da cidade visitada pelo turista será mais positiva quanto mais limpo o espaço urbano estiver e quanto mais preparados estiverem a comunidade e o poder público para gerenciar os RSU.

O projeto “Lixo Amigo” surgiu em 2010, sob o pálio da PNRS e de crônicos problemas ambientais enfrentados pela cidade de Novo Airão, sendo distribuído em diversas fases: 1- Identificação e diagnóstico do problema; 2- Análise de soluções alternativas; 3- Proposta de uma solução específica;

4- Decisão sobre a adoção da solução específica; 5- Integração e compartilhamento do projeto com a comunidade; 6- Formulação de um plano de implementação; 7- Implementação e execução do plano. 8- Monitoramento.

O aterro sanitário a ser construído, como parte do projeto, receberá apenas o passivo ambiental existente e os resíduos inservíveis à reutilização ou reciclagem, porque embora seja uma tecnologia bastante usada pelos seus baixos custos, propicia uma intensa degradação de grandes extensões de área, causando desvalorização das mesmas, bem como problemas de vizinhança (emissão de odores produzidos por mercaptanas e compostos com enxofre - CASTILHOS JR. et al., p. 36 -; ruídos pelo incremento do tráfego e operação do aterro; poeira; e incômodo visual), seguido de problemas de saúde pública.

A implementação do projeto será acompanhada de perto, em todas as suas fases e decisões, pela comunidade local, sendo criado, para tanto, um Conselho de Saneamento Ambiental que terá amplo acesso às informações relativas ao sistema de limpeza urbana. Por se tratar de um projeto aberto, presta-se a aperfeiçoamentos ao longo da execução, e até mesmo após a sua concretização. Outras tecnologias limpas serão estudadas e analisadas à luz da realidade e das peculiaridades do município, sendo incorporadas ao projeto na medida em que se revelarem adequadas (do ponto de vista socioambiental), operacionais (sem grande ônus em termos de gastos materiais e humanos) e tiverem a adesão da comunidade (por atender seus interesses).

Por fim, podemos realçar a importância do projeto, uma vez executado em escala real, num município de pequeno porte que reproduz a realidade de inúmeros outros, pela possibilidade de usar os dados, os métodos e as demandas gerados nesse trabalho como base para o desenvolvimento de projetos semelhantes em outros municípios e comunidades, respeitando, obviamente, suas características e peculiaridades.

Além disso, acreditamos que as dificuldades enfrentadas e as soluções encontradas podem servir de subsídio aos órgãos de controle ambiental para rever ou forjar novos conceitos no que diz respeito à aprovação de projetos dessa natureza.

Conception to implementation “Friend Trash Project” in city Novo Airão

Abstract: The project, in its overall structure guided by the idea of sustainable development and economic exploitation, includes some basic policies that represent a real hierarchy in politics from the solid waste prevention and reduction (environmental education), preparation for reuse, recycling, treatment and disposal. In general, the study is inspired by the idea of sustainable development and economic use (combining social and environmental concerns with a market logic), contemplating, systemically, the political, economic, environmental, cultural, technological and social.

Keywords: Environment. Solid waste management. Sustainability. Reuse. Recycling. Treatment.

Referências

ALBERTE, Elaine Pinto Varela; CARNEIRO, Alex Pires; KAN, Lin. Recuperação de áreas degradadas por disposição de resíduos sólidos urbanos. *Diálogos & Ciência* - Revista Eletrônica da Faculdade de Tecnologia e Ciências de Feira de Santana, Bahia, ano 3, n. 5, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd48/areas.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2012.

BACKER, Paul de. *Gestão ambiental: a administração do verde*. Tradução de Heloisa Martins Costa. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1995.

BEHRENS, Marilda Aparecida. A prática pedagógica e o desafio do paradigma emergente. *R. Bras. Est. Pedag.*, Brasília, v. 80, n. 196, p. 383-403, 1999.

CASTILHOS JR., Armando Borges de; MEDEIROS, Péricles Alves; FIRTA, Ioana Nicoleta et al. *Principais processos de degradação de resíduos sólidos urbanos*. Rede de Pesquisa em Saneamento Básico – PROSAB, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <etg.ufmg.br/~gustavo/arquivos/livroprosab.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2012.

COSTA, Sirlei Martins.; BRITO, Osvaldo Paes. *Logística reversa: geração de emprego e renda com a coleta seletiva do lixo na cidade de Londrina-PR*. Disponível em: <www.inesul.edu.br/coordenadorias/arquivos/ine_1173735828.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2012.

DELUCA, Ana Paula Teixeira.; GRANDI, Adriana Maria de. *Composição gravimétrica dos resíduos sólidos gerados no bairro Bragantina e centro do município de Braganey-PR*. Disponível em: <www.fag.edu.br/tcc/2007/Ciencias_Biologicas_Bacharelado>. Acesso em: 20 fev. 2012.

FOUGEYROLLAS, Pierre. *A filosofia em questão*. 2. ed. Trad. bras., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1960.

HENRIQUES, Rachel Martins. *Aproveitamento energético dos resíduos sólidos urbanos: uma abordagem tecnológica*. Tese de Mestrado, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/2363836/Aproveitamento-energetico-lixo-urbano>. Acesso em: 21 fev. 2012.

HOLLANDA, Camilo Leite de. *Projeto de educação ambiental Urubici resíduo zero*. UFSC, Departamento de Engenharia Sanitária e Ambiental, 2009. Disponível em: <http://www.gthidro.ufsc.br/arquivos/apendice-a-Projeto-de-Educa%C3%A7%C3%A3o-Ambiental-Urubici-Res%C3%ADduo-Zero.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2012.

JARDIM, Niza Silva et al. *Lixo municipal: manual de gerenciamento integrado*. São Paulo: IPT/CEMPRE, 1995.

LANGE, Liséte Celina; SIMÕES, Gustavo Ferreira; FERREIRA, Cyntia Fantoni Alves. *Aterro sustentável: um estudo para a cidade de Catas Altas, MG*. Rede de Pesquisa em Saneamento Básico – PROSAB, 2002, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <etg.ufmg.br/~gustavo/arquivos/livroprosab.pdf>. Acesso em 1 jan. 2012.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, L. R. S. et al. Projeto sustentável de saneamento ambiental para pequenas comunidades. In: CONGRESSO NACIONAL DE MEIO AMBIENTE NA BAHIA, 1; JORNADA UNIVERSITÁRIA DA UEFS, 13, 1998. *Anais...* Feira de Santana – BA, UEFS, 1998.

MORAES, Maria Cândida. *O paradigma emergente*. Campinas: Papirus, 1997.

MORGADO, Túlio Cintra; FERREIRA, Osmar Mendes. *Incineração de resíduos sólidos urbanos, aproveitamento na co-geração de energia*. Estudo para a região metropolitana de Goiânia. Disponível em: <<http://www.funverde.org.br/blog/wp-content/uploads/2011/11/incineracao-de-residuos-solidos-urbanos.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

PARENTE, Ricardo Alves; PINHEIRO, Libânio Miranda. Plásticos reciclados para elementos estruturais. *Cadernos de Engenharia de Estruturas*, São Carlos- SP, v. 10, n. 47, p. 75-95, 2008.

PESSIN, Neide; SILVA, Arthur Roberto; PANAROTTO, Cláudia Teixeira. *Monitoramento de aterros sustentáveis para municípios de pequeno porte*. Rede de Pesquisa em Saneamento Básico – PROSAB, 2002, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <etg.ufmg.br/~gustavo/arquivos/livroprosab.pdf>. Acesso em 1 jan. 2012.

PINTO, Tarcísio de Paula. *Metodologia para a gestão diferenciada de resíduos sólidos da construção urbana*. São Paulo, 1999. (Tese de doutorado).

PINHEIRO, R. S.; BRANCO, O. D.; GARCIA, J. B. et al. *Projeto Solar - uma experiência de sucesso na gestão de resíduos sólidos*. Disponível em: <www.cnpma.embrapa.br/boaspraticas/download/Projeto_Solar.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2012.

ZANTA, Viviana Maria; FERREIRA, Cynthia Fantoni Alves. *Gerenciamento integrado de resíduos sólidos urbanos*. Rede de Pesquisa em Saneamento Básico – PROSAB, 2002, Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <etg.ufmg.br/~gustavo/arquivos/livroprosab.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2012.

Dignidade do bem jurídico penal tributário

*Yuri de Barros Lourenço**

Sumário: 1 Introdução. 2 Teses explicativas do bem jurídico penal tributário. 2.1 Teses patrimonialistas. 2.2 Teorias funcionais ou funcionalistas. 2.3 Teses bifrontais. 3 Dignidade do bem jurídico penal tributário. 3.1 Dignidade do bem jurídico penal concebido patrimonialisticamente. 3.2 Dignidade do bem jurídico penal tributário concebido funcionalisticamente. 4 O problema da função dogmática do bem jurídico penal tributário. 4.1 A função dogmática do bem jurídico penal funcionalisticamente concebido. 4.2 A função dogmática do bem jurídico penal patrimonialisticamente concebido. 4.3 A teoria bifrontal e a técnica do bem jurídico imediato e mediato. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Cuida-se da investigação acerca da dignidade do bem jurídico penal tributário, e sob quais circunstâncias tal atributo é viabilizado, de acordo com a análise ampla da doutrina especializada. Desvendaram-se os diversos entendimentos do que se protege por meio dos crimes tributários. Constatou-se que é a função do tributo que melhor se adequa ao requisito da dignidade penal, com a ressalva de que não logra cumprir, por outro lado, a função dogmática do bem; problemática que fora superada com a admissão da teoria bifrontal do bem jurídico penal tributário, que considera o patrimônio da Fazenda Pública como dimensão técnica ou imediata.

* Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, com atribuições junto à 40ª Promotoria de Justiça. Bacharel em Direito, formado pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera.

Palavras-chave: Legitimidade da tutela penal. Delitos tributários. Tese patrimonialista. Tese funcionalista. Tese bifrontal ou mista.

1 Introdução

Para além do ilícito puramente tributário, existe o que se denomina por ilícito penal tributário. Ocorre que certos comportamentos perante o fisco se mostram de tal ofensividade para o erário público, que os referidos meios de cobrança se mostram ineficazes. Nesse ponto, surgem os crimes tributários.

A infração tributária e penal, além de contrariar a norma fiscal, incide em tipo penal, de modo a ensejar não apenas a repreensão daquela primeira, por meio do procedimento administrativo fiscal e eventual execução fiscal, mas também a consequência jurídica da norma penal, a ser infligida pelo processo judicial penal.

Pois bem, os crimes tributários, como espécies do gênero crimes, submetem-se a todo o arcabouço científico do Direito Penal, sendo certo que as respectivas criminalizações hão de cumprir todos os princípios garantistas daquele. O escopo do presente trabalho é verificar da viabilidade da dignidade desse bem jurídico penal tributário, bem como sob que enfoques teóricos é possibilitada.

É importante observar que cada um dos delitos tributários apresenta características próprias. Observa-se, v. g., que os crimes tributários aduaneiros tutelam, entre outros, a própria economia nacional, o que não se pode dizer dos outros tipos penais tributários. O Imposto Extraordinário de Guerra, por sua vez, visa a defender, primordialmente, a própria República Federativa do Brasil, em sua soberania.

Por outro lado, é possível a fixação da noção de bem jurídico penal tributário tendo em vista a proteção dos respectivos tipos, de modo amplo. Em outras palavras, é viável

identificar-se um(ns) objeto(s) compreendido(s) por todos os crimes fiscais, ainda que secundariamente, em desconsideração das peculiaridades que cada um possa apresentar.

Isso se dá pelo fato de que, ainda que o fundamento da parafiscalidade de dado tributo consista em alguma intervenção não coincidente com a promovida pelos outros tributos, é certo que a “intenção de arrecadação pelo Estado não desaparece, ficando apenas relegada a um segundo plano” (ROSA JR. 2009, p. 59).

Desse modo, o bem jurídico penal tributário, a ser investigado neste trabalho, é o que pretende ser o objeto comum de todos os tipos penais tributários, sendo, em primeiro plano ou não.

Nessa esteira, pretende-se desvendar os diversos entendimentos doutrinários do que se protege por meio da tipificação dos delitos de natureza tributária, bem como investigar sua correta fixação, como meio de limitação do *jus puniendi*, e pressupondo-se a possibilidade da legítima proteção de bens jurídicos supraindividuais, como concepção típica de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Alencar (2008, p. 109) entende que a função do tributo, como bem jurídico supraindividual, envolve a realização das prestações públicas essenciais:

É aí que o bem jurídico penal tributário ganha legitimação sob o enfoque moderno de bem jurídico que põe em relevo a importância que os direitos supraindividuais [...], dada a importância da função do tributo como meio a possibilitar a realização das prestações públicas, de inegável relevância para a vida humana na sociedade contemporânea.

Com base nisso, esse mesmo autor entende que a natureza do bem jurídico penal tributário, segundo as diretrizes funcionalistas, “são as que melhor se adequam [...] à dignidade

constitucional do bem jurídico, pois são as mais representativas dos valores consagrados na Carta” (ALENCAR, 2008, p. 71).

Pires (2010, p. 133) vai de encontro ao entendimento de parcela da doutrina que rejeita a legitimidade da tutela realizada pela norma penal tributária, sem o necessário rigor científico para tanto. Como se transcreve:

[...] argumentações que entendem duvidosas ou não merecedoras de tutela penal, o conteúdo do campo tributário, por serem genéricas almejando-se criminológicas, sem utilização de métodos científicos da avaliação dos fundamentos ou decorrentes de percepções próprias de um dado momento [...].

Para ilustrar, o mesmo doutrinador cita os exemplos de Ives Gandra Martins¹ e Hugo de Brito Machado². Para aquele, a incidência no tipo criminal da sonegação fiscal é justificável por ser a norma penal tributária de rejeição social, como consequência da “espoliação perpetrada pelo Estado”. Enquanto o segundo entende que é ilegítima a criminalização do bem jurídico tributário, visto que este não possui justificação ética.

Baltazar Junior (2008, p. 418 apud PIRES, 2010, 131)³ afirma que “Em suma, há aqui [crimes tributários], merecimento ou dignidade de pena, por se cuidar de bens jurídicos protegidos constitucionalmente [...]”.

Assim, em linhas gerais, a doutrina majoritária admite a dignidade penal do bem jurídico penal tributário, com raras exceções, como as dos dois doutrinadores citados.

¹ MARTINS, Ives Gandra Silva. *Da Sanção Tributária*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 17-22.

² MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a Ordem Tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 201-213.

³ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 414-467.

2. Teses explicativas do bem jurídico penal tributário

2.1 Teses patrimonialistas

Como o próprio nome indica, para as teses patrimonialistas, a natureza do bem tutelado possui natureza integralmente patrimonial, e está associado à pretensão do fisco em obter as receitas fiscais. Utilizam-se, em sinonímia, as expressões erário público, tesouro público, ou fazenda Pública.

Assim, em sua acepção pura, a norma penal tributária estaria tutelando meramente a relação creditícia entre o Estado e o contribuinte. A receita tributária seria devida, grosso modo, em contraprestação aos serviços públicos oferecidos.

Martins (1980, p. 14) é um dos que compactuam com esse entendimento, em negação à possibilidade de os tipos penais tributário protegerem valores mais elevados que o simples patrimônio público, como se lê:

[...] a sanção visa muito mais a garantir ao Erário a receita pela lei estipulada, com sua carga desmedida, e não indevida, do que preservar valores maiores da ordem social, como o direito à vida, à liberdade, ao trabalho, etc, que, em contraposição, suscitam normas de aceitação social.

Wendy e Russo (1993, p. 8 *apud* ALENCAR, 2008, p. 67)⁴ afirmam que a faculdade de arrecadar impostos constitui um

derecho pecuniário del Estado, destinado a integrar el patrimonio social, por lo cual las infracciones fiscales constituyen lesiones patrimoniales de análogas a las del derecho penal comum.

⁴ WENDY, LÍLIAN N. Gurfinkel de; RUSSO, Eduardo Angel. *Ilícitos tributários em las leyes* 11.683 y 23. 771. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p.8.

A princípio, essa visão possui caráter microssocial, se se considerar a Fazenda Pública, numa acepção individualista, como o ente ofendido o que significaria dizer que “o patrimônio é tratado como bem de teor igual à propriedade privada dos particulares” (ALENCAR, 2008, p. 67); razão por que afirmar-se existir influência da ideologia liberalista ínsita nessas teorias.

Por outro lado, concebe-se também, tratar-se, na verdade, de tutela de interesses patrimoniais supraindividuais, tendo a sociedade como respectivo titular, na medida em que o bem ofendido remete, em última análise, à consecução do bem da coletividade (SOUZA, 2006, p. 275). Pires (2010, p. 145), na identificação de tal orientação doutrinária, sintetizou o respectivo entendimento:

Tratar-se-ia de interesses patrimoniais supraindividuais dos quais a sociedade é titular. No erário ou patrimônio público, em uma concepção ampla, coincidente com o conjunto de bens patrimoniais necessários ou úteis à realização dos fins públicos, as violações às obrigações fiscais atentam contra o patrimônio público.

2.2 Teorias funcionais ou funcionalistas

O bem jurídico penal tributário, segundo as teorias funcionalistas correspondem, primordialmente, à função a ser desempenhada pelo tributo. A proteção da norma penal tributária não se resumiria em obter receitas, mas albergaria, com proeminência, a garantia efetiva do cumprimento dos valores democráticos e sociais. Assim, há de se ter em consideração todo o arcabouço axiológico decorrente do modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Há quem aduza serem três as funções desempenhadas pelo tributo, quais sejam, a financeira, a axiológica e a

político-econômica. A primeira coincide com a ideia das teses patrimonialistas, ou seja, o bem jurídico consubstancia o interesse da arrecadação de receitas fiscais, da Fazenda Pública; a segunda significa noção de justiça social, a partir da imposição de ônus fiscais e repartição de receitas, entre a sociedade; a última, expõe os efeitos do sistema fiscal na política econômica (MARTÍN, 1986, p. 44 *apud* SOUZA, 2006, p. 269).⁵

Como se vê, para referido doutrinador, a ideia patrimonialista do bem jurídico penal tributário está ínsita à concepção funcionalista. O reconhecimento desse caráter axiológico, inserido na concepção funcionalista, mostra-se pertinente, pois parcela da doutrina entende a própria solidariedade social, como o bem jurídico penal tributário, ao lado do patrimônio.

Vieira (2008, p. 511) sustenta que a solidariedade social seria a dimensão do bem jurídico penal tributário que cumpriria a dignidade penal, por se revelar da inferição, a partir do princípio da capacidade contributiva.

Pires (2010, p. 188) entende que os crimes tributários defendem, inclusive, a solidariedade social. Nesse sentido, tem-se:

Na solidariedade social reside um fundamento constitucional primário para a imposição tributária. O dever de pagar impostos está ligado à cidadania, compreendido simultaneamente numa noção de dever e de direito de exigir que todos participem da formação dos recursos que a todos beneficiam. Nesta noção de cidadania também reside o fundamento ético que dá substrato à tutela penal das infrações tributárias.

⁵ MARTÍN, Luís Gracia. *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del Código Penal Español*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 1986. p. 44 e et seq.

Ora, de acordo com a tridimensionalidade da tese funcionalista exposta, a solidariedade social é apenas um dos componentes da função do tributo, qual seja, a axiológica. De fato, os fundamentos do reconhecimento da solidariedade como bem jurídico penal, em muito se assemelham aos da função tributária, *stricto sensu*, como tal, quais sejam, em suma, um conceito material de bem jurídico e um Estado Social e Democrático de Direito.

A tese funcionalista tridimensional se mostra razoável no que tange a fundir a solidariedade social à função do tributo, uma vez que não se deve dissociar os dois conceitos, no âmbito de um Estado Democrático, vez que neste está patente a justiça social pela redistribuição de renda, por meio do sistema tributário.

2.3 Teorias bifrontais

Existem acepções que não se conformam com a diretriz funcionalista, mas incorporam a esta, aspectos das outras, máxime, os da patrimonialista. Claro, disso resulta que, em vez de admitir um bem jurídico penal tributário homogêneo, admite-se-lo como multifacetado, resultante da combinação das duas acepções. Diante disso, são alternativamente denominadas teses mistas.

Em rememoração, a acepção patrimonialista considera, em suma, como o objeto da proteção da norma penal tributária o patrimônio da Fazenda Pública, consubstanciada pela arrecadação tributária. Já as teses funcionais consideram, sinteticamente, que o bem jurídico em questão residiria nas funções do tributo.

Nesse sentido, tem-se que as teses ecléticas se valem da teoria dos bens jurídicos mediatos e imediatos. A dimensão imediata do bem jurídico consistiria na arrecadação tributária,

enquanto o aspecto mediato corresponderia, ora, à função exercida pelos tributos, ora à solidariedade social.

Cernicchiaro (1995, p. 181 apud PIRES, 2010, p. 157)⁶ já concebia o caráter bifrontal do bem protegido pelo Direito Penal Tributário, ao admitir que, na verdade, o âmbito de afetação da sonegação transpõe em muito a mera arrecadação tributária, uma vez que possui reflexo nas atividades do Estado. Como se transcreve:

Quem, ilustrativamente, sonega o tributo não afeta apenas o patrimônio público, repercutindo na arrecadação. Vai além. Atinge a Economia, ocasionando, com isso, reflexo nas atividades do Estado.

Vieira (2008, p. 509) segue a mesma linha de raciocínio, ao considerar insatisfatória a concepção meramente patrimonialista, dado que é inarredável estar o bem jurídico penal tributário, para além da arrecadação:

Parar por aí é assumir uma visão simplificadora, alienada do contexto constitucional, e juridicamente insatisfatória, insuficiente e ingênuo. Mesmo mantendo a atenção na receita tributária, um mínimo de largueza na óptica constitucional fará saltar à vista a presença inquestionável de *algo mais, no espaço do bem jurídico agasalhado*, além da singela arrecadação (grifos no original) (2008, p. 509).

A doutrina de Tiedemann (1993, p. 162 apud, ALENCAR, 2008, p. 93)⁷ também assume a relevância da finalidade da arrecadação tributária, para a definição do bem jurídico do direito penal tributário. Como se lê:

⁶ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito penal tributário – observações de aspectos da teoria geral do direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 175-183, jul./set. 1995.

⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*: comunitário, español, alemán. Barcelona: PPU, 1993. p. 162.

[...] en este asunto se trata de una cuestión del bien jurídico del derecho penal tributario que el Tribunal Supremo alemán se limita a contemplar en relación a la obtención de ingresos mientras que según nuestro punto de vista también se há de tomar en consideración las finalidades a realizar con los fondos recaudados.

Nesse sentido, Pérez (1999, p. 56 apud ALENCAR, 2008, p. 122)⁸ assevera que as normas penais tributárias defendem, de forma imediata, o patrimônio da Fazenda Pública, consubstanciado na arrecadação tributária, enquanto as funções do tributo fazem as vezes do bem jurídico mediato ou imaterial daquelas normas.

Alencar (2008, p. 92-93) conclui no sentido de que

a concepção que se deve levar em consideração como bem jurídico é aquela que considera a arrecadação tributária, ou seja, o patrimônio público, imbuída de sua função de garantir a satisfação das necessidades públicas.

Vieira (2008, p. 181) indica a existência de bem jurídico mediato de relevante dignidade, ao lado da arrecadação tributária, qual seja, a solidariedade social, que se revelaria pela inferição, a partir da capacidade contributiva.

Ríos (1988, p. 50) também entende como pluriofensivo o delito tributário, sendo que os respectivos bens jurídicos imediato e mediato seriam, respectivamente, a arrecadação tributária e a função tributária.

Desta forma, a justificação do crime fiscal encontra-se no fato de que a conduta delituosa, além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário Público (lesando a função pública da arrecadação),

⁸ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico: parte especial*. Valência: Tirant lo Blach, 1999.

acaba por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição da manutenção dos gastos públicos. Este bem jurídico, 'representado' nas funções que o tributo deva exercer de acordo com os dispositivos constitucionais, justifica amplamente sua incriminação (RIOS, 1988, p. 50).

Pires (2010, p. 102) entende que os crimes tributários defendem, imediatamente, a arrecadação tributária, e, mediamente, a solidariedade social. Seus fundamentos são: um conceito material de bem jurídico, o reconhecimento da legitimidade da tutela penal das obrigações tributárias e um Estado Social e Democrático de Direito.

3 Dignidade do bem jurídico penal tributário

Cumpramos a dignidade do bem jurídico penal tributário, diante de todas as premissas fixadas no presente estudo, mormente no que tange aos requisitos adotados pela doutrina para a verificação da presença ou não desse atributo - incluída a moderna ampliação da tutela penal, de modo a abranger os bens metaindividuais -, bem como a própria definição do bem jurídico penal tributário.

3.1 Dignidade do bem jurídico penal tributário concebido patrimonialisticamente

Com a adoção dessa teoria, em seu viés individualista, argumenta-se restar indigna a tutela penal dos crimes tributários. Alencar (2008, p. 88) aduz que:

O problema fundamental das concepções patrimoniais é o de que faltaria dignidade constitucional ao bem jurídico considerado nessa acepção. Afinal de contas, sacrificar bens jurídicos como a liberdade e a dignidade da pessoa humana em função de um mero direito de propriedade, e que tem o agravante de não estar afetado a nenhuma pessoa humana, significaria não aplicar o princípio da proporcionalidade entre a pena e o injusto cometido.

Além disso, comente-se que é, igualmente, vislumbrada a ilegitimidade da normal penal tributária, se tomada dessa perspectiva, em face do princípio da intervenção mínima, bem como da necessidade do Direito Penal, tendo em vista que os mecanismos do direito privado seriam suficientes para garantir os interesses do credor. Desse modo, a intervenção penal na área tributária poderia ser tida como prisão por dívida. Daí, Alencar (2008, p. 68) afirmar que:

Dessa forma, para os críticos da criminalização das infrações tributárias careceria de mérito a tutela penal desses interesses, posto que já se encontraria presente no ordenamento jurídico-penal as figuras típicas necessárias para produzir a proteção desejada. Qualquer tipificação penal diferenciada configuraria uma concessão ilegítima, vez que estaria consubstanciada aí, a odiosa possibilidade de prisão por dívidas, não permitida no modelo constitucional vigente nos países de nossa tradição jurídica.

Quanto às teses patrimonialistas, de caráter metaindividual, igualmente explicitadas na seção anterior, é necessário maior cautela. Pode parecer que seria digno de tutela penal, o Patrimônio Público, levando em consideração a coletividade como sua titular, tendo em vista a maior amplitude da proteção criminal, conferida pelo modelo de Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, a partir de uma análise mais profunda, verifica-se que o fundamento fulcral da tutela dos bens jurídicos metaindividuais reside na plena possibilidade do desenvolvimento das potencialidades humanas, dentro de um determinado contexto social. Contudo, de acordo com a doutrina especializada, que é da natureza do bem jurídico supraindividual, poder ser gozado pela coletividade, sem exclusão, de modo que referida noção, apenas se justifica, se efetivamente se tomar o corpo social, como parâmetro de análise.

Desse modo, não se pode afirmar cumprir o Erário Público, concebido em acepção pura, o requisito da dignidade.

3.2 Dignidade do bem jurídico penal tributário concebido funcionalisticamente

O Sistema Tributário Nacional é direcionado a arrecadar riquezas para que o Estado cumpra suas finalidades, as quais estão previstas como fundamentos e objetivos fundamentais da República, e incluem, na verdade, todo o conjunto de valores reconhecidos constitucionalmente. Assim, tendo em vista a imprescindibilidade da arrecadação fiscal para a consecução dos fins sociais da Carta Magna, o bem jurídico penal tributário encontra substrato materialmente constitucional.

Nesse sentido, Alencar (2008, p. 70) reconhece que:

Compreendem-se inseridos dentro dos valores ou interesses contemplados no bem jurídico tributário todos aqueles relacionados com o papel do Estado e que somente são realizáveis se o Estado tiver meios financeiros para sua concretização. (2008, p. 70)

Sendo assim, a verificação da dignidade penal

do bem jurídico tributário passaria por uma análise da imprescindibilidade da função dos tributos no contexto do Estado Social Democrático de Direito, às necessidades básicas dos seres humanos, a serem satisfeitas pelo Estado, como meio de atingimento do pleno desenvolvimento das necessidades humanas.

Para Alencar (2008, p. 109), a função do tributo, como bem jurídico supraindividual, envolve a realização das prestações públicas essenciais:

É aí que o bem jurídico penal tributário ganha legitimação sob o enfoque moderno de bem jurídico que põe em relevo a importância que os direitos supraindividuais possuem tanto para a sociedade quanto para o indivíduo, dada a importância da função do tributo como meio a possibilitar a realização das prestações públicas, de inegável relevância para a vida humana na sociedade contemporânea.

Assim, esse autor entende a natureza do bem jurídico penal tributário, segundo o funcionalismo, como

as que melhor se adequam numa análise do cumprimento dos requisitos da dignidade constitucional do bem jurídico, pois são as mais representativas dos valores consagrados na Carta. (ALENCAR, 2008, p. 71).

Nesse ponto, exsurge importante lembrar a teoria tridimensional da função do tributo, segundo a qual, este envolve, inclusive, caráter axiológico. Nesse sentido, observa-se que a solidariedade social, como componente dessa tríade, também mostra proeminente dignidade constitucional. Leciona Leandro Pires (2010, 143) que:

O fundamento e critério do pagamento de impostos não compreendem o princípio do benefício, mas sim o da capacidade contributiva, atento ao cumprimento do princípio da igualdade material e da justiça fiscal. A relação jurídico-tributária é balizada pela lei, não pelo contrato. Quanto à redistribuição do rendimento, promovida pela tributação, não teria sentido que aquele que é compensado com essa redistribuição seja chamado a contribuir na medida do uso do bem público redistribuição de renda. Portanto, a concepção patrimonialista *pura* está hoje ultrapassada (PIRES, 2010, p. 143).

Guirao (2002, p. 73) rejeita a necessidade de ofensa a bem rigorosamente individual, para a dignidade do bem jurídico. Por isso, fundamenta a viabilidade da proteção dos bens jurídicos transindividuais não com base em sua função de garantidor de algum interesse individual em última análise, mas sim, na ideia da solidariedade.

Rememore-se, também, o entendimento de Vieira (2008, p. 501), segundo o qual a dignidade do bem jurídico penal tributário se verifica, na verdade, primordialmente, pela dimensão da solidariedade social, vez que se revela a partir da projeção da capacidade contributiva, orientada pelo princípio da isonomia.

Observa-se, desse modo, que a parcela da doutrina que sobreleva essa dimensão axiológica, pressupõe a dignidade penal da solidariedade social.

De novo, esse é o entendimento de Pires (2010, p. 188), quando afirma a própria solidariedade social ser o fundamento constitucional da imposição tributária, sendo certo estar esta relacionada à cidadania e ao “dever e direito de exigir que todos participem da formação dos recursos que a todos beneficiam” (PIRES, 2010, p. 188). Conclui o doutrinador que, reflexamente, nesse substrato, encontra fundamento ético, a tutela penal do bem jurídico penal tributário.

Realmente, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a solidariedade social mostra-se digna, dado que, nela, está patente a justiça social pela redistribuição de renda, por meio do sistema tributário.

4 O problema da função dogmática do bem jurídico penal tributário

Por outro lado, ainda que esta aceção do bem jurídico penal tributário logre cumprir o requisito da dignidade, a doutrina aponta uma problemática decorrente daquela, qual seja, a inaptidão ao exercício da função dogmática.

O princípio da ofensividade é basilar do Direito Penal, sendo certa a ilegitimidade de dada criminalização sem o cumprimento daquele, que consiste na capacidade de a conduta ferir ou provocar grande risco a certo bem jurídico.

Na verdade, a verificação do cumprimento desse requisito perpassa pela função dogmática do bem jurídico. Em explicação, para o exercício da função dogmática, tem-se que a operacionalização do bem jurídico penal requer a identificação precisa do seu conteúdo, no sentido de que hão de se verificar presentes, elementos de tecnicidade, para que se constate a existência de aspectos básicos da dogmática penal, como os pertinentes ao presente ponto, o dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado.

Ramírez (1987, p. 14 *apud* ALENCAR, 2008, p. 72)⁹ compartilha desse entendimento, ao sustentar que

la eficacia práctica de un tipo legal depiende de la claridad con que está determinado el injusto, y él solo

⁹ RAMÍREZ, Juan. *Los delitos contra la hacienda pública: bien jurídico y tipos legales*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 14.

puede surgir sobre la base de una determinación precisa del bien jurídico, esto es, de lo que se está protegiendo.

4.1 A função dogmática do bem jurídico penal tributário funcionalisticamente concebido

É apontada pela doutrina, a incapacidade de a função desempenhada pelo tributo, como aspecto do bem jurídico penal tributário, realizar a função dogmática. Como causa disso, argumenta-se possuir a função do tributo caráter demasiadamente abstrato, de modo a impossibilitar a aplicação prática. Daí Pires (2010, p. 149) afirmar ter: “como bem jurídico a função tributária dificulta, por falta de concretude, o exercício da função dogmática do bem jurídico”.

Assim, Pérez (1999, p. 329, apud ALENCAR, 2008, p. 72)¹⁰, aduz que essa função como dimensão do bem jurídico, por seu grau de generalidade, é insuscetível de ser lesionado concretamente, por qualquer conduta individualmente considerada. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte trecho:

[...] un bien que por su grado de generalidad no puede ser lesionado por el comportamiento típico defraudatorio individual, sino que en su caso tan solo podrá ser abstractamente puesto em peligro a través de la reiteración y generalización de las conductas defraudatorias individuales (PÉREZ, 1999, p. 329 apud Alencar, 2008, p. 72).

Disso resulta que a aceção de bem jurídico penal tributário em questão não serve para o exercício da respectiva função dogmática. Segundo Alencar (2008, p. 120), aquele

¹⁰ PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico*: parte especial. Valência: Tirant lo Blach, 1999. p. 329.

não tem função nenhuma no plano da dogmática jurídica, pois não sofre a ação direta da ação delituosa, e dessa forma não serve como instrumento para determinar seu grau de ofensividade.

Observa-se que a problemática reside na dificuldade em se demonstrar relação de causalidade entre a conduta delituosa e o dano eventualmente causado ao bem jurídico protegido. Esse vislumbre seria fundamental para a observância do princípio da ofensividade, para se certificar da existência de qualquer dano e para avaliar o grau de ofensividade. Alencar (2008, p. 74) ilustra bem essa ideia:

O que não se vê claramente numa situação normal, entretanto, é a relação de causalidade entre a conduta do infrator com a inação do estado decorrente dessa conduta. Não podendo se estabelecer tal identidade entre causa e efeito, impossível será a imputação da sanção penal a alguém. Bens jurídicos dessa natureza, portanto, não atenderiam os requisitos técnicos mínimos para a constatação do ilícito, assim entendido como a realização de um dano ou ameaça a um bem jurídico.

Ocorre que com a diretriz funcionalista, haver-se-ia de demonstrar, para efeitos de cumprimento do requisito em questão, a relação causal direta entre a conduta típica e o prejuízo causado a algum dos valores democráticos protegidos constitucionalmente, que deveriam ter sido assegurados, sobretudo, por meio dos serviços possibilitados pelo sistema tributário. Alencar (2008, p. 73) resume essa ideia nos seguintes termos:

O fato de alguém sonegar tributo não é prova de que a função do tributo (entendido como bem jurídico) tenha sido sequer ameaçada. Não há como provar, por exemplo,

que aquele tributo especificamente considerado, cuja obrigação não foi adimplida pelo contribuinte, tenha repercutido numa diminuição de determinada ação estatal que deveria ter sido utilizada [...].

Conclui-se pela impossibilidade de se relevar essa diretriz explicativa do bem jurídico penal tributário, para o fim de avaliar a respectiva ofensividade, simplesmente, por restar impossível essa aferição, diante da própria natureza da função desempenhada pelo tributo.

4.2 Função dogmática do bem jurídico penal tributário patrimonialisticamente concebido

A função dogmática do bem jurídico penal tributário, com o espectro da acepção patrimonialística é viabilizada com excelência, segundo a doutrina especializada. Tem-se que esse modelo oferece os elementos substanciáveis que permite ao intérprete aferir objetivamente a ofensa ao bem jurídico penal.

[a acepção patrimonialista] possui todos os elementos que permitem ao intérprete, ao cidadão e ao juiz analisar se o bem jurídico está sob ameaça, se houve dano ao mesmo, qual foi a extensão do dano [...]. Dessa forma, o dano à arrecadação é a medida objetiva que permite tecnicamente a análise de todos esses fatores [...] (ALENCAR, 2008, p. 89).

Alencar (2008, p. 70) aduz, por outro lado, que a tese patrimonialista, segundo a acepção macrossocial, por sua vez, não logra conferir consistência ao conteúdo do bem jurídico penal tributário, no sentido de cumprir sua função dogmática, qual seja, de oferecer parâmetros de interpretação para aferição,

máxime, da extensão do dano.

Se entendido o bem jurídico numa perspectiva macrossocial [patrimonialista], a imprecisão do que o seu conteúdo revela, acaba por impossibilitar a efetividade da proteção penal, já que não fica claro o que se protege [...], e em consequência, não se pode identificar com precisão a extensão do dano, nem a medida da culpabilidade (ALENCAR, 2008, p. 70).

Em contraposição, tem-se a lição de Aires de Souza (2006, p. 266), segundo a qual, a tese patrimonialista, mesmo em seu viés macrossocial, permite sim, a função dogmática do bem jurídico, mesmo porque consiste em crime de dano, de modo a não poder se verificar, sem a existência de prejuízo material.

Trata-se de interesses patrimoniais supraindividuais dos quais a sociedade é titular. No erário ou patrimônio público, em uma concepção ampla, coincidente com o conjunto de bens patrimoniais necessários ou úteis à realização dos fins públicos, as violações às obrigações fiscais atentam contra o patrimônio público. Nessa linha, a infração fiscal é concebida como crime de dano cuja consumação exige a existência de um prejuízo patrimonial ao fisco (SOUSA, 2006, p. 279-280).

Pensamos estar com a razão Aires de Souza. Realmente, não haveria porque se falar em inviabilidade da função dogmática, segundo a aceção em comento, ainda que como de natureza macrossocial.

Ora, ainda que nesse caso, seja, na verdade, não apenas o Estado, em sentido privatístico, mas toda a coletividade, a titular do bem ofendido, este continua sendo o próprio patrimônio, que, não se pode negar, possui a concretude como caractere,

de modo a fornecer parâmetros técnicos para averiguação de dano, perigo de dano, bem como a respectiva extensão.

Verificada a presença da função dogmática do bem jurídico patrimonialisticamente concebido, passa-se à teoria bifrontal, nesse contexto.

4.3 Teoria bifrontal e a técnica do bem jurídico imediato e mediato

Como exposto, o bem jurídico penal tributário atinge a qualidade de ser digno, na medida em que é concebido como a função desempenhada pelos tributos, consistente na realização das necessidades públicas, mesmo que para isso, haja que se admitir a tutela de bem jurídico metaindividual.

Contudo, essa aceção, não obstante possibilitar o cumprimento do requisito da dignidade, deixa a função dogmática do bem jurídico um tanto esvaziada, sobretudo no que tange à constatação da ofensividade da conduta e da respectiva medida de culpabilidade do autor.

Aqui, exsurge relevante a noção anteriormente abordada, de considerar o bem jurídico penal tributário em dupla dimensão. A dimensão mediata, ou seja, a função do tributo, e a dimensão imediata, isto é, a arrecadação tributária.

A função dogmática, que, como explanado, restara prejudicada pela definição do bem jurídico tributário como função do tributo, é restabelecida a partir da consideração do bem jurídico penal tributário imediato, novamente, a arrecadação tributária. Isso se dá porque foi viabilizada apuração da lesividade do dano causado, bem como a culpabilidade do agente.

Por outro lado, se, como constatado, a dimensão técnica do bem jurídico penal tributário, qual seja, a arrecadação tributária, não logra, por si só, cumprir o requisito da dignidade

penal, a sua conjunção com a função do tributo, como outro aspecto daquele bem jurídico, soluciona o problema.

Em suma, ficam cumpridos os requisitos da dignidade penal, pela dimensão mediata do bem jurídico, e, possibilitado o exercício da função dogmática, pela aceção patrimonialista daquele.

5 Conclusão

Verificou-se a impossibilidade de o Erário Público, tomado isoladamente, cumprir o requisito da Dignidade, sendo certo que a criminalização nesses moldes não seria comportada pela noção de Estado Social e Democrático de Direito, já que não seria justo sacrificar um bem jurídico mais elevado – como a liberdade humana – por um interesse menos importante – o patrimônio.

A função desempenhada pelo tributo, por sua vez, cumpre o requisito da Dignidade Penal, vez que envolve, inelutavelmente, todos os valores consagrados pela Constituição como consubstanciadores do Estado Democrático de Direito – os quais não podem ser atingidos sem os recursos exigidos dos contribuintes.

Constatou-se, outrossim, o problema da função dogmática do bem jurídico penal tributário advindo da adoção da ideia da função desempenhada pelo tributo. Tal diretriz não fornece os elementos de tecnicidade necessários à mensuração da ofensividade da conduta.

Tal problemática fora solucionada pela admissão de um bem jurídico penal tributário bifrontal, com a função do tributo, em sua dimensão mediata, e a Fazenda Pública, consubstanciada pelo patrimônio público, como dimensão mediata ou técnica.

Em suma, a dimensão mediata, que cumpre o requisito da dignidade, em conjugação com a dimensão imediata, que possibilita a função dogmática, representam a melhor proposta de concepção a ser adotada como bem jurídico penal tributário.

The legitimacy of criminal tax protection

Abstract: This research is about the legitimacy of criminal tax protection, and under what circumstances such attribute is possible, according to a comprehensive analysis of the specialized doctrine. Uncovered are the different understandings of what is protected by means of tax crimes. It was found that the conception of the function of the tribute is the one that best suits the requirement of the criminal offense, with the exception that fails to comply, on the other hand, the dogmatic function well; problem that was overcome with the admission of bifrontal theory of criminal law and taxation, which considers the patrimony of the Treasury as technical or immediate dimension..

Keywords: Legitimacy of penal law. Tax offenses. Patrimonialist thesis. Functionalist thesis. Bifrontal or mixed thesis.

Referências

ALENCAR, Romero Auto de. *Crimes contra Ordem Tributária: legitimidade da tutela penal e inadequação político-criminal da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo*. São Paulo: Impactus, 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 414-467.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Direito Penal Tributário – observações de aspectos da teoria geral do Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 175-183,

jul./set. 1995.

GUIRAO, Rafael Alcácer. La protección del futuro y los daños cumulativos. *Revista Electrónica de Ciência Penal y Criminología*, n. 04-08, p. 9, 2002. Disponível em: < http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 201-213.

MARTÍN, Luís Gracia. *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del código penal español*. Zaragoza: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza, 1986. p. 44 et seq.

MARTINS, Ives Gandra Silva. *Da sanção tributária*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 17-22.

PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal económico: parte especial*. Valência: Tirant lo Blach, 1999. p. 329.

PIRES, Leandro Antônio. *Aspectos do bem jurídico ofendido nos crimes tributários*. Curitiba, 2010. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/23004/1/Leandro%20A%20Aires_Aspectos%20do%20bem%20juridicopenal%20ofendido%20nos%20crimes%20tributarios_mestrado2010_UFPR.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2010.

RAMÍREZ, Juan Bustos. *Los delitos contra la hacienda pública: bien jurídico y tipos legales*. Madrid: Tecnos, 1987. p. 14.

ROSA JR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIOS, Rodrigo Sánchez. *O crime fiscal*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998.

SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra:

Coimbra, 2006.

TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal econômico: comunitário, español, alemán*. Barcelona: PPU, 1993. p. 162.

VIEIRA, José Roberto, Apropriação Indébita Tributária no IPI e no ICMS: Vislumbres de um Estado Shylock. In: *Congresso Nacional de Estudos Tributários*, 5. BARRETO, Aires F. et al. (Org.). *Direito tributário, linguagem e método: as grandes disputas entre jurisprudência e dogmática na experiência brasileira atual*. São Paulo: Noeses, 2008. p. 510-511

WENDY, LÍlian N. Gurfinkel de; RUSSO, Eduardo Angel. *Ilícitos tributários em las leyes 11.683 y 23. 771*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p.8.

Internacionalização do Direito Penal e os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional

*Arlindo Severino Teixeira de Oliveira**

Sumário: 1 Introdução. 2 Princípio da legalidade e a internacionalização do Direito Penal. 2.1 Princípio da legalidade como conquista libertária e o Tribunal Penal Internacional. 2.2 Internacionalização do Direito Penal. 3 Crimes no âmbito do Tribunal Penal Internacional. 4 Crimes em espécie. 4.1 O crime de Genocídio. 4.2 Os crimes contra a humanidade. 4.3 Os crimes de guerra. 4.4 O crime de agressão. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho versa sobre os crimes alcançados pelo Tribunal Penal Internacional e seu esforço como trincheira de garantias dos Direitos Humanos. Aborda o Direito Penal Internacional como fenômeno cultural e seu comportamento perante o consagrado princípio da legalidade, tecendo observações quanto ao surgimento deste princípio. Trata o fenômeno da internacionalização do Direito Penal, bem como contextualiza o surgimento do Direito Penal Internacional. Comenta, por fim, os crimes em espécie elencados no Estatuto de Roma, ou seja, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão.

Palavras-chave: Estatuto de Roma. Genocídio. Guerra. Humanidade. Agressão.

1 Introdução

O Direito como fenômeno cultural sofre constante

* Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco, da Faculdade Joaquim Nabuco e da Academia Integrada de Defesa Social de Pernambuco. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife. Delegado da Polícia Civil de Pernambuco.

mutação, ora garantindo direitos, ora limitando-os. O Direito Penal como ramo mais humanizado da ciência jurídica não foge a isto. Neste contexto está o que se convencionou chamar de Direito Penal Internacional.

Neste trabalho, investigamos uma fração dessa disciplina que, apesar das referências históricas longínquas, guarda em sua essência, o germe da contemporaneidade. Até porque é no nosso tempo que se consolidam as políticas entre nações, a formação de blocos econômicos com afinidades regionais, econômicas e financeiras, o combate conjunto da poluição, das catástrofes, e, sobremaneira, da criminalidade que extrapola as fronteiras locais.

Como forma de avanço e para garantir minimamente a garantia dos Direitos Humanos, ou Direito Humanitário Internacional, foi instituído, a partir do Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional. Apesar de se encontrar em tenra idade, vem sinalizar pela intolerância as atrocidades que indivíduos falaciosamente em nome do Estado e de grupos venham a praticar. Demonstra um grau de amadurecimento que deve ser levado a efeito para podermos delimitar diretrizes de convivência pacífica entre os povos, garantindo mecanismos de repressão internacional à criminalidade atentatória aos direitos humanitários em tempos de paz ou de guerra.

Aqui traçaremos, em largas linhas, a relação entre o princípio da legalidade e o Direito Penal Internacional, apresentamos a origem do referido princípio e a problemática de sua aplicação na seara do Direito Penal Internacional.

Abordamos, também, a discussão em torno da internacionalização do Direito Penal, notadamente o seu avanço e consolidação a partir do século passado. Por fim, comentamos os crimes previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, ou seja, o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.

2 Princípio da legalidade e a internacionalização do Direito Penal

2.1 Princípio da legalidade como conquista libertária e o Tribunal Penal Internacional

O princípio da legalidade se relaciona com a tipicidade, trazendo para esta a função de garantia¹. Desenvolve-se juntamente com a dogmática penal a partir do Iluminismo, no século XIX, pela obra de Anselm von Feuerbach, datada de 1801.

Em verdade, o embrião do Princípio da Legalidade pode ser devidamente observado desde 1764, século XVIII, através da obra de Cesare Bonesana Beccaria – Marquês de Beccaria, intitulada como “Dos Delitos e das Penas”. Todavia, a referida obra retrata um Direito Penal como um instrumento de controle social, instituindo um conceito de legalidade meramente político.

Em síntese, o que Beccaria pretendia com sua obra era romper com um Direito Penal ilimitado do Estado Absoluto, para que se pudesse garantir a esse ramo do Direito a legitimidade que ele merecia. Desse modo, a limitação seria uma forma de legitimar a violência da pena aplicada pelo Estado. Como a necessidade do Princípio da Legalidade é afirmada por esse autor antes mesmo de seu surgimento como princípio formal, é possível se dizer, pois, que Beccaria foi fundamental para a formação da dogmática penal.

O princípio da legalidade² é visto como base do próprio Estado de Direito e do Direito Penal, encontrando sua

¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 57.

² REBÊLO, José Henrique G. *Princípio da insignificância*: interpretação jurisprudencial, p. 13-18. Como ensina Antolisei (Manuale di diritto penale, p. 31-32), apesar de o princípio da legalidade vir expresso num brocardo latino, sua origem não remonta ao Direito Romano, pois entre os romanos se

inscrição na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nas Constituições modernas, entre elas, a Constituição Brasileira. Toma uma concepção de garantia individual.

Na sua função de garantia da liberdade, expressa na máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, fato algum poderá ser digno de pena, sem lei que o tenha estabelecido como punível. Crime e pena devem ser previamente estabelecidos. Bacigalupo³ destaca que Feuerbach ligava o princípio da legalidade a uma coação psicológica, no estudo da teoria da pena, devendo a lei penal preceder as ações delitivas. Neste diapasão estaria a pena exercendo o papel de prevenção geral.

O sujeito saberia, previamente, que se cometesse uma ação reprovável pelo Direito estaria se submetendo a uma sanção em retribuição. Haveria, contida na norma incriminadora, uma ameaça que inibiria o cometimento da conduta delitiva. Decorrente da *lex praevia* a proibição da retroatividade da lei penal. Sendo o corolário do multirreferido princípio. Atinge a pena e as medidas de segurança.

É possível, também, editar as consequências práticas do princípio da legalidade.⁴ A de *Lex* certa, isto é, a exigência não se dirige apenas ao julgador, mas alcançam o legislador no momento da elaboração da norma. Só atenderá o princípio da legalidade se o parlamento elabora a norma penal de modo a contemplar o fato a ser reprimido em sua integridade, isto é, não se pode deixar nas mãos do julgador algo tão amplo

aplicava a analogia – “*punire a exemplum legis*”. A roupagem latina teria sido oferecida por Anselmo Feuerbach. Indica o mestre italiano a origem mais remota do princípio da legalidade, a Magna Carta do Rei João Sem Terra, em 1215 e, mais recentemente, no período Iluminista.

³ BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*, p. 87. Indica o autor como consequência prática do princípio da legalidade: “nenhuma sentença condenatória pode ser elaborada aplicando uma pena que não está fundada em lei prévia, ou seja, uma lei na qual o fato imputado ao autor seja ameaçado com pena. Em outras palavras, o arrazoado judicial deve começar com a lei, pois somente desta maneira a condenação poderá se fundar em uma lei penal.” (p. 88)

⁴ *Ibid.*, p. 109-122.

que possa ser interpretado sem precisão do que é proibido, sua pena e consequências.

A proibição da analogia *in malam partem* encontra respaldo no princípio da legalidade na expressão *lex stricta*. Proíbe-se, também, a punição baseada no direito consuetudinário, ou seja, para a previsão penal de reprimenda se observa a *lex scripta*. A lei formal e positivada é a única forma contemporânea de penalização. Contudo, como no caso anterior, é possível argumentar e fazer uso do costume quando este se põe *in bonam partem*.

O princípio da legalidade é dotado de uma expressiva natureza política, conforme esclarece Reale,⁵ sendo “pedra angular do pensamento liberal”, protegendo o cidadão do poder arbitrário do Estado e, especificamente, dos juízes. Por isso, deve a lei penal ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, para submeter todos ao seu manto.

Antolisei⁶ atribui ao princípio da legalidade, ou estrita legalidade, o papel de domínio quanto às fontes do Direito. Destaca, também, a máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, enumera que um fato não pode considerar-se crime, nem a ele atribuída uma pena, se uma lei, no sentido material, não o preveja como tal; o fato previsto pela lei como crime deve ser sancionado nos limites da previsão; o fato que dá ensejo à aplicação da lei penal deve ter previsão expressa, não podendo ser presumido de normas que regem fatos diversos.

Ao vedar a analogia, proíbe a aplicação de pena além do previsto pelo legislador, impõe a obrigatoriedade da taxatividade, acabando, assim, por demonstrar que a única fonte do Direito Penal é o direito positivo, constituindo-se num ordenamento fechado.

⁵ REALE JR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 164.

⁶ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1952. p. 30.

Outra denominação atribuída ao princípio da legalidade é o da reserva legal.⁷ Surge com as revoluções burguesas que caracterizaram a contemporaneidade, respondendo aos abusos do Absolutismo e fundando uma nova ordem. Apresenta duas funções: a função de garantia – excluindo penas ilegais – e a função constitutiva, isto é, constitui a pena legal. Destaca Nilo Batista esta como a principal função do referido princípio.

Enquanto Luiz Luisi⁸ afirma que contemporaneamente o princípio da legalidade se desdobra em três postulados: da reserva legal – referente às fontes das normas penais incriminadoras; da determinação taxativa – referente à enunciação das respectivas normas; e, por fim, da irretroatividade – referente à validade das disposições penais no tempo.

Seguindo estes postulados oferecidos por Mantovani, Palazzo⁹ acrescenta que o princípio da legalidade formal encontra guarita em todas as constituições modernas dos países do *civil law*.

Indica Nilo Batista¹⁰ que o princípio da legalidade, ao ser visto como garantia individual, pode ser avaliado em quatro funções: proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); proibir a fixação de crime ou pena pelo costume (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir a analogia para criar crime, instituir ou agravar pena (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); proibir incriminação vaga e indeterminada (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Lembra, inclusive, que uma das críticas firmadas ao Tribunal de Nuremberg foi exatamente a violação deste princípio, quanto a irretroatividade da lei penal.

⁷ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 65-68.

⁸ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2003. p. 17-18.

⁹ PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 43-49.

¹⁰ BATISTA, op. cit., p. 68.

Esta mesma indagação é trazida por Margarida Cantarelli¹¹ ao indicar o princípio da legalidade como “um dos pontos polêmicos desde o Tribunal de Nuremberg”. Contudo, o Tribunal Penal Internacional em seu Estatuto, nos arts. 22, 23 e 24, prevê as garantias do multirreferido princípio. Senão vejamos:

CAPÍTULO III Princípios gerais de direito penal

Artigo 22.º

Nullum crimen sine lege

- 1 - Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
- 2 - A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambiguidade, será interpretada a favor da pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.
- 3 - O disposto no presente artigo em nada afectará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23.º

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Artigo 24.º

Não retroactividade ratione personae

- 1 - Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, de acordo com o presente Estatuto, por uma conduta anterior à entrada em vigor do presente Estatuto.

¹¹ CANTARELLI, Margarida O. O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional. In: *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 354 e et seq.

2 - Se o direito aplicável a um caso for modificado antes de proferida sentença definitiva, aplicar-se-á o direito mais favorável à pessoa objecto de inquérito, acusada ou condenada.

2.2 Internacionalização do Direito Penal

Jorge Figueiredo Dias¹² constata que o Direito Penal é essencialmente direito intraestadual, encontrando sua fonte formal e orgânica na produção legislativa estadual, sendo aplicado pelos órgãos nacionais.

Contudo, destaca o professor lusitano que a relevância do direito internacional em matéria penal se deu significativamente a partir da última década do séc. XX. Momento em que começaram a surgir diplomas nesta seara, notadamente: a Convenção para a prevenção e a sanção do delito de genocídio, a Convenção para a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, a Convenção contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, a Convenção relativa à extradição entre estados membros da União Europeia.

Estes instrumentos de direito internacional de natureza penal são incorporados ao ordenamento interno através de mecanismo de recepção, próprio de cada estado.

O Direito Internacional Penal conheceu enorme desenvoltura recentemente via instituição de Tribunais Penais Internacionais para a antiga Iugoslávia e Ruanda, estes criados pelo Conselho de Segurança da ONU, bem como com a instituição do Tribunal Penal Internacional, por meio do Estatuto de Roma, criado em 1998 por uma Assembleia de Estado.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. Coimbra: Coimbra, 2007. p.10-13.

Diferenciando dos outros Tribunais instituídos pela Organização das Nações Unidas, pelo reconhecimento de dois princípios marcantes desta nova jurisdição, quais sejam: o princípio da vinculação voluntária e o princípio da subsidiariedade. O primeiro denota que os Estados se submetem voluntariamente, não sendo imposta a jurisdição a não ser para as Nações que adiram ao seu Estatuto. Enquanto, o segundo informa que o Tribunal Penal Internacional só exercerá sua jurisdição se os Estados da ocorrência do fato não o conhecerem ou estiverem impossibilitados de fazê-lo. Significa, assim, que o direito penal não é mais um monopólio da legislação e da jurisdição dos Estados.

Conforme as lições de Luiz Luisi¹³, é quase pacífico que a introdução do Direito Penal na seara internacional, ou seja, o início do que se chama de Direito Penal Internacional, deu-se com o acordo de Londres de 08 de agosto de 1945. Este acordo foi firmado entre as grandes potências para julgamento dos nazistas e seus colaboradores, logo após a 2ª Guerra Mundial, instituindo o Tribunal de Nuremberg e o Tribunal de Tóquio. Em seu artigo 60 estão previstos: os crimes contra a paz, os crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

Japiassú¹⁴ conceitua o Direito Penal Internacional como sendo o ramo do direito que define os crimes internacionais e prevê suas penas. Acrescenta que, desde a antiguidade, se verifica este fenômeno. Atribui-se sua primeira ocorrência na cláusula de extradição de um tratado de paz, celebrado, em 1280 aC, entre Hatussilli – rei dos Hititas e Ramsés II – do Egito. Mas, de fato, como frisado, ganha impulso a partir das duas Grandes Guerras e os tribunais que se seguiram. Sendo sua estrutura influenciada pelo sistema do *common law*. Só após a queda do muro de Berlim - flexibiliza assim a guerra

¹³ LUISI, op. cit., p. 234-235.

¹⁴ JAPIASSÚ, Carlos E. A. *O Direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p.01-04.

fria entre as, até então, grandes potências – EUA e URSS , foi possível pensar num tribunal penal internacional de caráter permanente.

Para Kai Ambos¹⁵, é o Direito Penal Internacional uma junção entre direito penal e direito internacional, este de consequência jurídico-penal.

Lembra Margarida Cantarelli¹⁶ que a própria denominação Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal encontra especulações e críticas entre os doutrinadores. Surgiram várias outras expressões, por exemplo: direito penal interestatal, direito penal supranacional, direito penal internacional público, direito penal internacional privado.

Apesar das referências históricas trazidas pela doutrina é certo afirmar que o reconhecimento de um ramo do Direito que supranacionalmente pune violações no âmbito penal é algo novo para as nações contemporâneas e que, mesmo com a instituição de um tribunal permanente – Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Estatuto de Roma -, deverá sofrer resistência. Tanto é verdade esta afirmação que podemos, numa investigação do perfil dos que foram ou estão em julgamento perante aquela Corte, com poucas exceções, verificar que apenas os líderes de países menos robustos no cenário internacional têm sido alcançados quando do cometimento dos crimes elencados em seguida.

3 Crimes no âmbito do Tribunal Penal Internacional

A princípio se pode compreender o grau de dificuldade em

¹⁵ AMBOS, Kai. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 42.

¹⁶ CANTARELLI, Margarida de Oliveira. *Da territorialidade à transnacionalidade – a desterritorialização da jurisdição penal*. 2000. (Tese) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2000. p.103 et seq.

estabelecer critérios para elencar crimes na seara internacional e a competência de um tribunal para seu julgamento. Como afirma Jean-Paul Bazelaire¹⁷, as fraquezas da justiça penal internacional residem nessas questões de competência e de âmbito processual.

Enquanto, Kai Ambos¹⁸ indica a existência de uma macrocriminalidade ou “comportamentos macro-criminais” e acusa a necessidade de se estabelecer os pressupostos fundamentais para uma parte geral que viabilize a aceitação por parte dos diversos ordenamentos desta ordem internacional.

Antes mesmo da criação do Tribunal Penal Internacional é possível identificar a existência de 24 categorias de delitos previstas nas mais diversas convenções desde 1815. Estas podem ser catalogadas em: proteção da paz (crimes de agressão); proteção humanitária (contidos aqui os crimes de guerra); proteção dos direitos humanos fundamentais (genocídio, crimes contra a humanidade, *apartheid*, escravidão e tortura); proteção contra terror-violência; proteção de interesses sociais; proteção de interesses culturais; proteção ao meio ambiente; proteção aos meios de comunicação e proteção dos interesses econômicos¹⁹.

Em seu artigo 5 , o Estatuto de Roma elenca os crimes que são de sua competência.

Crimes da competência do Tribunal

1 - A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves que afectam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes

¹⁷ BAZELAIRE, Jean-Paul. A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia, p.68.

¹⁸ AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do direito penal Internacional. In: *Tribunal Penal Internacional, possibilidades e desafios*. AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 7 et seq.

¹⁹ CANTARELLI, op. cit., 2000, p.222-223.

crimes: a) O crime de genocídio; b) Os crimes contra a Humanidade; c) Os crimes de guerra; d) O crime de agressão.

2 - O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

O genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra ou violações graves às Convenções de Genebra são encontrados nos estatutos dos Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia e para Ruanda que já encontravam referência nos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio. Assim, as quatro referências descritas nas alíneas do item 1 do artigo acima conformam condutas já por demais sublinhadas em diplomas internacionais.

O Estatuto de Roma traz a institucionalização do princípio da responsabilidade penal individual, ou seja, o Tribunal Penal Internacional julgará apenas as condutas das “pessoas singulares”, conforme a previsão do seu artigo 25. Isto se deu devido aos precedentes abertos pelo julgamento do Tribunal de Nuremberg, tomando como fundamentação que é a pessoa natural que atua em nome ou não do Estado, devendo aquela ser punida²⁰.

Agora comentaremos, trazendo elementos da doutrina e da legislação internacional, as condutas trazidas para melhor compreensão.

²⁰ FERREIRA, Sandra C. da S. Moreira e. O estatuto do tribunal penal internacional. In: *Seminário de Direito Internacional Público*, 2001. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001. p.15.

4 Crimes em espécie

4.1 O crime de genocídio

É, tipicamente, um atentado contra a humanidade, ação de lesa-humanidade, mas foi alçado a um tipo isolado na tentativa de destacar sua importância. A primeira menção de crime contra a humanidade se deu em 1915, na declaração conjunta da França, Inglaterra e Rússia, censurando o massacre turco na Armênia²¹.

A Organização das Nações Unidas (ONU) através de Resolução aprovada por sua Assembleia Geral, em 11 de dezembro de 1946, reconhece o genocídio como crime internacional. Dois anos, depois foi aprovada a Convenção contra o Genocídio, que entrou em vigor em 02 de janeiro de 1951. O seu conceito já se encontrava firmado em bases consuetudinárias internacionais.

Com a instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI), o crime de genocídio é reafirmado como crime de caráter internacional. Contudo, manteve os mesmos termos da Convenção anterior, isto é, não incluiu o genocídio de caráter político ou cultural. Diz o artigo 6º do Estatuto de Roma, que criou o TPI:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «genocídio» qualquer um dos actos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida pensadas para provocar a sua destruição física, total ou parcial; d) Imposição de

²¹ JAPIASSÚ, op. cit., p. 25-26.

medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Kai Ambos²², ao comparar os dois diplomas, ou seja, Convenção contra o Genocídio e o Estatuto de Roma, entende, a partir de uma interpretação teleológica, que qualquer ataque, mesmo contra um só membro do grupo referido na norma criminal internacional, desde que compreendido o fim a que se presta – proteção étnica, racial ou religiosa, cumpre com os requisitos devendo ser alcançado pelo Estatuto de Roma.

Há uma discussão em torno de se saber que para a tipificação do crime de genocídio é necessária ou não a intervenção estatal na ação. Kai Ambos²³ leciona que não é preciso que o estado onde se deu a violação intervenha nela. Isto é, os indivíduos podem ser responsabilizados individualmente, desde que aja com a intenção de destruir os grupos elencados, destacando o aspecto subjetivo realçado. Há o repúdio à doutrina do *act of state* para arguir a irresponsabilidade individual.

4.2 Os crimes contra a humanidade

São atentados voltados à eliminação total ou parcial de coletividades humanas por quaisquer razões²⁴.

A formulação da expressão “crimes contra a humanidade” foi utilizada, originariamente, para caracterizar as atrocidades cometidas pelos turcos contra os armênios na 1ª Grande Guerra, sendo referenciado como crime contra a humanidade e a civilização, na Declaração do Império Otomano – composta pelos russos, franceses e britânicos - em 1915, conforme

²² AMBOS, op. cit., 2008, p. 139.

²³ Ibid., p. 153-154.

²⁴ LUISI, op. cit., p. 235.

descrito anteriormente. Este conceito também lastreou os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio que julgou os derrotados da 2ª Guerra Mundial²⁵.

Com o Tribunal Penal Internacional os crimes contra a humanidade tomaram maior amplitude. O conceito de crimes contra a humanidade levou a discussões intensas durante a Conferência de Roma que lastreou o estatuto. Isto se deu pela falta de uma discussão prévia e mesmo devido ausência de documentos anteriores que trouxessem com precisão o tema. Sendo seu resultado final uma delicada composição entre os diversos Estados²⁶.

O Estatuto de Roma prevê no seu artigo 7 :

Crimes contra a Humanidade

1 - Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crime contra a Humanidade» qualquer um dos actos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência à força de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais do direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Violação, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez à força, esterilização à força ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou colectividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de sexo, tal como definido

²⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.58-59.

²⁶ JAPIASSÚ, op. cit., p.36-38.

no n.º 3, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis em direito internacional, relacionados com qualquer acto referido neste número ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros actos desumanos de carácter semelhante que causem intencionalmente grande sofrimento, ferimentos graves ou afectem a saúde mental ou física.

No item seguinte o Estatuto do Tribunal Penal Internacional traz a interpretação autêntica do item n.º 1, numa tentativa de uniformizar o entendimento do que vem a ser “crimes contra a humanidade”.

2 - Para efeitos do n.º 1:

- a) Por «ataque contra uma população civil» entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de actos referidos no n.º 1 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses actos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O «extermínio» compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por «escravidão» entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
- d) Por «deportação ou transferência à força de uma população» entende-se a deslocação coactiva de pessoas através da expulsão ou de outro acto coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional;
- e) Por «tortura» entende-se o acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja

sob a custódia ou o controlo do arguido; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas acidentalmente;

f) Por «gravidez à força» entende-se a privação de liberdade ilegal de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afectando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por «perseguição» entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da colectividade em causa;

h) Por «crime de apartheid» entende-se qualquer acto desumano análogo aos referidos no n.º 1, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo rácico sobre um ou outros e com a intenção de manter esse regime;

i) Por «desaparecimento forçado de pessoas» entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a protecção da lei por um longo período de tempo.

Para se alcançar estas definições foi necessário superar graves controvérsias. Japiassú²⁷ indica quatro características fundamentais que podem ser destacadas neste diploma:

... a ausência do requisito da conexão com um conflito armado; o carácter generalizado ou sistemático do ataque contra uma população civil; a ausência do requisito da existência de motivos discriminatórios; o elemento subjetivo do conhecimento do referido ataque.

²⁷ JAPIASSÚ, op. cit., p.41.

4.3 Os crimes de guerra

Ao observar o Estatuto de Londres de 1945²⁸, verifica-se a definição de que os crimes de guerra são violações das leis e dos costumes de guerra. Incluem-se assassinatos, maus tratos, deportação para trabalho forçado ou qualquer outro fim, tanto da população civil ou de prisioneiros militares; execução de reféns, despojamento de propriedade privada ou pública; injustificada destruição de cidades, povoados e aldeias; devastação não justificada por necessidades militares.

A previsão dos crimes de guerra ou crimes contra as leis e costumes aplicáveis em conflitos armados se caracteriza como avanço das relações internacionais, enfatizando a evolução do direito internacional humanitário, teve como seu defensor o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Em 1949, as Convenções de Genebra normatizaram o tema, tomando como referência o direito costumeiro de guerra²⁹.

O Estatuto de Roma em seu artigo 8 , elenca os “crimes de guerra”.

O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

[...]

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por «crimes de guerra»:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes actos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

²⁸ LUISI, op. cit., p. 235.

²⁹ MAZZUOLI, op. cit., p.62.

[...]

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no quadro do direito internacional [...]

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos actos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo.

[...]

e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm carácter internacional, no quadro do direito internacional [...]

Seguindo a jurisprudência do Tribunal Penal para a ex-Iugoslávia foi incorporado à penalização de crimes de guerra para conflitos internos. Outro avanço indicado pela doutrina é a sistematização, ampliação e atualização do conteúdo dos chamados crimes de guerra³⁰.

4.4 O crime de agressão

O artigo 5 do Estatuto de Roma prevê:

2 - O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121.º e 123.º, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que

³⁰ JAPIASSÚ, op. cit., p.48-49.

o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Na verdade, há apenas uma previsão para uma futura tipificação. Diferentemente dos outros crimes alçados ao Tribunal Penal Internacional, para o crime de agressão o estatuto não diz o que vem a ser esta figura. É sabido, contudo, que tal situação foi propositalmente colocada, visto a ausência de consenso durante a Conferência de Roma.

Também é certo afirmar que a Assembleia Geral da ONU, através de sua Resolução 3314 de 1974, já definira “agressão”.³¹

Artigo 1 - Agressão é o uso de força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro Estado, ou qualquer outra atitude que seja inconsistente com a Carta da Nações Unidas, conforme determinado por esta definição.

De fato, se esta definição fosse levada a cabo traria embaraço ainda maior às nações - a exemplo dos Estados Unidos que inauguraram o conceito de guerra de prevenção para justificar incursões bélicas em outras nações, ao arpejo das instâncias da ONU. Daí a dificuldade em encontrar consenso para tal tipificação.

Acredito que haja uma semelhança entre a previsão – imprecisa e condicional – do “crime de agressão” do Estatuto de Roma e do que já previa o Estatuto de Londres com o título de “crimes contra a paz”. Este consistia num planejamento, preparação, desencadeamento e execução de uma guerra de agressão ou de uma guerra violadora de tratados internacionais, acordos e segurança, ou a participação no plano comum, ou

³¹ MAZZUOLI, op. cit., p.67.

numa conspiração para executar qualquer das referidas ações.

5 Conclusão

As condutas delitivas previstas no Estatuto de Roma, apesar de toda a discussão quanto à violação ou flexibilização do princípio da legalidade - mesmo considerando que a dogmática penal, inserida em todos os Códigos Penais ocidentais, está intimamente ligada com o Princípio da Legalidade por dois motivos, a saber: além de a dogmática ter-se desenvolvido concomitante com o mencionado princípio, ainda, traz em sua estrutura tripartida (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), como integrante do conceito de crime, o elemento tipicidade que deriva, sem sombra de dúvidas da Legalidade. É por demais alvissareira a existência, no âmbito internacional, de um tribunal permanente que venha otimizar os mecanismos de repressão aos atentados aos direitos humanos, cometidos pelos indivíduos, surgindo aí o princípio da responsabilidade penal individual.

Constata-se no rol das previsões do Tribunal Penal Internacional a imprecisão dos tipos e mesmo, no caso dos crimes de agressão, a inexistência do que vem a ser na prescrição do Estatuto.

Compreende-se, contudo, que este diploma – Estatuto de Roma- possa vir a ser o início da consolidação de um código internacional balizador do Direito Penal Internacional. Estamos, de fato, diante de algo a ser construído nesta difícil e complexa seara das relações internacionais.

Internationalization of Criminal Law and crimes of jurisdiction of the International Criminal Court

Abstract: This work aims to deal with the crimes predicted by

the international criminal court and its efforts to ensure human rights. It also discusses the International Criminal Law as a cultural phenomenon and its behavior before the consecrated principle of legality, weaving observations on the emergence of such principle. Approaches the phenomenon of internationalization of Criminal Law as well as contextualizes the emergence of International Criminal Law. This work comments, finally, the crimes in kind listed in the Rome Statute, in other words, genocide, crimes against humanity, war crimes and crimes of aggression.

Keywords: Rome Statute. Genocide. War. Humanity. Aggression

Referências

AMBOS, Kai. A construção de uma parte geral do direito penal internacional. In: *Tribunal Penal Internacional, possibilidades e desafios*. AMBOS, Kai e JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1-31.

_____. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale, parte generale*. Milano: Giuffrè, 1952.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAZELAIRE, Jean-Paul. *A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia*. Barueri: Manole, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira. *Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal*. 2000. (Tese) - Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de

Pernambuco, Pernambuco, 2000.

_____. O princípio da legalidade e o tribunal penal internacional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da Legalidade: Da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I*. Coimbra: Coimbra, 2007.

FERREIRA, Sandra Cristina da Silva Moreira e. O estatuto do tribunal penal internacional. In: *Seminário de Direito Internacional Público*, 2001. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2001.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito penal internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios constitucionais penais*. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Tribunal penal internacional e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

REALE Jr, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. *Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

O direito dos cadeirantes a um ambiente acessível previsto na legislação em vigor aplicada em Manaus

*Larissa Cristina Alves Rojas**

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos gerais. 3 Princípios e direitos consagrados na Constituição Federal de 1988. 3.1 Princípio da igualdade/isonomia. 3.2 Liberdade de locomoção. 3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana. 3.4 Importância da acessibilidade para a vida dos cadeirantes. 4 Legislação pertinente ao direito de locomoção dos cadeirantes. 4.1 Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001). 4.2 Leis municipais. 5 Resultados e discussões. 5.1 Análise dos dados. 5.2 Resultados finais. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Vivemos um problema social em Manaus: a dificuldade de deslocamento dos cadeirantes. Comparou-se a compatibilidade do direito dos deficientes físicos, previsto na legislação em vigor, com as medidas governamentais tomadas na cidade de Manaus. A acessibilidade é o direito do cidadão, incluindo as pessoas portadoras de deficiência, em se locomover. A falta desta ocasiona a exclusão das oportunidades de progresso social, resultando na marginalização e segregação social. Entre os resultados obtidos, foi observado que cada vez mais a sociedade e o governo têm buscado a cooperação para atender ao direito fundamental de locomoção consagrado na CF/1988, mas existem muitos limitadores quanto à eficácia dessas normas os quais devem ser corrigidos, pois todas as edificações da

* Estudante do 9º período de Direito da Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

cidade de Manaus devem estar em conformidade com o Plano Diretor, que determina diretrizes para orientar as obras que venham a surgir. Logo, urge-se tomar medidas eficazes a fim de solucionar a questão da acessibilidade, e então ela possa funcionar como um instrumento de desenvolvimento da sociedade onde todos indistintamente usufruam dos seus direitos inerentes.

Palavras-chave: Cadeirantes. Acessibilidade. Plano diretor.

1 Introdução

Podemos dizer que a acessibilidade é o direito do cidadão e óbvio que incluindo as pessoas portadoras de deficiência em se locomover. O direito de locomoção vem consagrado no art.5º, inciso XV, da Constituição Federal como um dos seus direitos fundamentais.

Essa garantia constitucional é protegida tanto por leis que visam a resguardar e facilitar a vida dos deficientes físicos quanto pela Constituição de 1988, entretanto a eficácia social desses direitos tem sido questionada pelas autoridades e pela sociedade.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE (2010) –, existem 24,5 milhões de pessoas com incapacidade ou deficiência, correspondendo a 14,5% da população brasileira, dos quais 4,1% possuem alguma deficiência física. Logo, cada vez mais é expressiva a porcentagem dessa parcela da população, sendo necessários estudos e adequações dos estabelecimentos para os cadeirantes.

A acessibilidade é uma questão controversa que, se por um lado envolve direitos dos deficientes físicos, de outro há o dever em conjunto da sociedade com o governo promovendo e contribuindo para manter os ambientes acessíveis. Assim,

aqueles que necessitam integralmente dessas estruturas, poderão usufruí-las a fim de que tenham uma vida mais sociável, não sendo impedidos de realizar suas atividades diárias.

Dessa forma, apresentam-se as barreiras arquitetônicas, como espaços intransponíveis do mundo civilizado que causam inúmeros transtornos aos cadeirantes, demonstrando que, por menor que nos pareça ser o obstáculo, ele terá maiores proporções para aqueles que dependem completamente da infraestrutura física de ambientes para se locomover, sob pena de serem privados do exercício dos seus direitos como cidadão.

Além dessas barreiras, há igualmente a barreira de rejeição social, que impede os deficientes do exercício dos seus direitos por meio de constrangimento e preconceito sofridos constantemente, impedindo-os de se desenvolver dentro de seus limites.

Sob esse prisma, a acessibilidade é de grande importância para toda a sociedade, e está relacionada com as adequadas condições de mobilidade e a oportunidade de acesso oferecida aos indivíduos, abrangendo tanto pessoas com deficiência quanto a população em geral.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assim como o Princípio da Isonomia, que diz serem todos iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, somente ratificam o direito dos cadeirantes a se locomoverem, sem restrições, nos espaços urbanos.

Em razão da carência de ambientes acessíveis, algumas cidades como Manaus precisam de um tratamento mais cauteloso para adequá-las à acessibilidade. Além disso, o tema torna-se ainda mais relevante tendo em vista que se trata da capital do Estado do Amazonas e uma das sedes para a Copa do Mundo de 2014.

Logo, a socialização dessa parcela da população é urgente, sendo imprescindível o confronto do tema com os reais

obstáculos pelos quais as pessoas portadoras de deficiência física passam diariamente, já que todo o cidadão, teoricamente, deveria usufruir do direito de locomoção.

2 Aspectos gerais

De acordo com Flávia Piva Almeida Leite:

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi o primeiro documento a formalizar a idéia jurídica de igualdade e, posteriormente, elevada a preceito constitucional quando da sua incorporação à Constituição Francesa de 1791. Depois disso o princípio da igualdade foi positivado nas Constituições modernas (LEITE, 2003, p.2319-2339).

Para Jorge Miranda:

Pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela escolástica e todas as correntes posteriores, de Hobbes e Rousseau a Marx e Rawls; é redefinir as relações entre pessoas e entre normas jurídicas; é indagar da lei e da generalidade da lei. (MIRANDA, 2000, p.40-42).

Com a Constituição de 1988, houve uma transição democrática em nosso país com a redefinição e institucionalização dos direitos humanos, banindo do nosso ordenamento jurídico o regime militar que perdurou de 1964 a 1985. (LEITE, 2003, p.2319-2339).

A Constituição Federal de 1988 assegura o direito dos cadeirantes a um ambiente acessível, através de alguns dispositivos como observa José Afonso da Silva que disserta

sobre o novo ordenamento inaugurado com a Constituição atual, onde foi introduzido um novo conceito de igualdade:

As Constituições só tem reconhecido a igualdade no seu sentido jurídico-formal; ‘igualdade perante a lei’. A Constituição de 1988 abre o capítulo de direitos individuais com o princípio de que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza’ (art.5º, ‘caput’). Reforça o princípio com muitas outras normas sobre a igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais. Assim é que, já no mesmo art. 5º,I, declara que ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações’. Depois, no artigo 7º, XXX e XXXI, vêm regras de igualdade material, regras que proíbem distinções fundamentais em certos fatores, ao vedarem ‘diferenças de salários, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil’ e qualquer discriminação no ‘tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência’. A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais ‘reduzir as desigualdades sociais e regionais’ (artigo 3º, III), veemente repulsa a qualquer forma de discriminação (art. 3º,IV), a universalização da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, a educação baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, enfim, a preocupação com a justiça social com objetivo das ordens econômica e social (art.170,193,196 e 205) constituem reais promessa da igualdade material. (SILVA, 2006, p.211-212)

Conforme o pensamento de Flávia Piva Almeida:

A questão da acessibilidade é fundamental, pois sem ela a pessoa é privada de usufruir dos demais direitos fundamentais que lhe são conferidos, como cidadão: direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer e outros. A acessibilidade funciona como instrumento, meio para

utilização desses outros direitos. (ALMEIDA, 2003, p. 2319-2339).

Afirma ainda a autora quanto às conseqüências da privação do direito à acessibilidade:

Essa garantia de acesso deve ser total e atingir a todos os cidadãos. Se ela é negada às pessoas portadoras de deficiência, criam-se obstáculos para a vida social desse grupo, dando espaço para sua marginalização e segregação espacial. (ALMEIDA, 2003, p. 2319-2339).

3 Princípios e direitos consagrados na Constituição Federal de 1988

3.1 Princípio da igualdade/isonomia

Consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Tal igualdade se subdivide em formal e material, a primeira é aquela expressa na Constituição que prevê a igualdade de todos, enquanto a segunda providencia mecanismos que garantam a isonomia de todas as pessoas. O artigo 7º, incisos XXX e XXXI da Constituição Federal de 1988 traz regras de igualdade material, ao vedarem diferenças de salários, de exercício de funções e critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação no tocante a salários e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.

Quanto à igualdade prevista na CRFB/88, aponta o renomado professor José Afonso da Silva (2006) no livro “Curso de Direito Constitucional Positivo”, as inconstitucionalidades

das discriminações não autorizadas pela Constituição que são duas: uma consiste em outorgar benefício legítimo a pessoas ou grupos, discriminando-os favoravelmente em detrimento de outras pessoas ou grupos em igual situação; a outra forma revela-se em se impor obrigação, dever, ônus, sanção ou qualquer sacrifício a pessoas ou grupos de pessoas, discriminando-as em face de outros na mesma situação que, assim, permaneceram em condições mais favoráveis.

O autor Alexandre de Moraes faz algumas considerações sobre o princípio da igualdade:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo pro lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo Direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.

Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade – limitação ao legislador, ao intérprete e ao particular. O legislador, no exercício de sua função constitucional de edição normativa, não poderá afastar-se do princípio da igualdade, sob pena de flagrante inconstitucionalidade. Assim, normas que criem diferenciações abusivas, arbitrárias, sem qualquer finalidade lícita, serão incompatíveis com a Constituição Federal.

O intérprete não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalta-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Finalmente, o particular não poderá pautar-se por condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, sob pena de responsabilidade civil e penal, nos termos da legislação em vigor. (MORAES, 2008, p. 31-33).

3.2 Liberdade de locomoção

A liberdade da pessoa física se expressa por meio da possibilidade jurídica reconhecida a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de se locomoverem desembaraçadamente dentro do território nacional.

Esse direito, previsto na Constituição de 1988, está consagrado no inciso XV do art. 5º:

“É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;”

O direito de circular consiste na faculdade de se deslocar de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público.

De acordo com o professor José Afonso da Silva:

Isso quer dizer que, independentemente do meio através do qual se circula por uma via pública, o transeunte terá um direito de passagem e de deslocamento por ela, por constituir esta forma de deslocamento a manifestação primária e elementar do direito de uso de uma via afetada. Em conseqüência, a menos que circunstâncias especiais o obriguem (a ruína iminente de um edifício),

a Administração não poderá legalmente impedir esta utilização, sempre deixando a salvo o direito dos confinantes. (SILVA, 2006, p. 239).

A acessibilidade e o direito de locomoção são conceitos que se integram, uma vez que aquele, apesar de ser uma abordagem atual, trata do direito conferido a todos os membros da sociedade (efeito *erga omnes*) de exercerem a sua locomoção.

3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Assim dispõe o artigo 1º da Constituição Federal de 1988:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana está inserida no conceito de qualidade de vida, pois este é mais amplo que aquela, exigindo outros requisitos básicos para que seja atingido: saúde, moradia, lazer, trabalho, educação entre outros.

Portanto, a qualidade de vida no ordenamento jurídico brasileiro apresenta esses dois aspectos concomitantes: o de nível de vida material e o do bem estar-físico e espiritual. Uma sadia qualidade de vida abrange esta globalidade, acatando o fato de que um mínimo material é sempre necessário para o deleite espiritual.

O direito econômico (artigo 170, caput) e o ambiental (artigo 225, caput) se interceptam na expressão *qualidade de vida*. Apresentando os seguintes enunciados:

Art.170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. (...)

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No livro Curso de Direito Constitucional se aproximam os conceitos de direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

No Brasil, igualmente, é significativo o esforço pela concretização desse princípio, tanto no plano legislativo quanto jurisprudencial e doutrinário, em que pesem, nunca é demais insistir, as nossas crônicas dificuldades materiais e socioculturais para tornar efetivo o respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, merecem registro, pelo seu relevo, os §§ 3 e 4 , introduzidos no art. 5 da Constituição, pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, os quais transcrevemos a seguir porque representam um salto qualitativo no nosso instrumentário jurídico de proteção aos direitos humanos, em geral, e à dignidade da pessoa em particular.

Art. 5 (...)

§ 3 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§4 O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p.172)

3.4 A importância da acessibilidade para a vida dos cadeirantes

Nos Estados Democráticos Modernos, as pessoas portadoras de deficiência têm proteção garantida por lei que visa à inclusão nos mais variados segmentos sociais, seja na acessibilidade, na educação, seja no mercado de trabalho, dentre outros.

Pode-se afirmar que o objetivo da acessibilidade é permitir um ganho de autonomia e de mobilidade a um número maior de pessoas, até mesmo àquelas que tenham reduzida a sua mobilidade ou dificuldade em se comunicar, para que usufruam dos espaços com mais segurança, confiança e comodidade.

Para muitos arquitetos, oferecer condição de acesso é eliminar qualquer desnível que possa existir no decorrer no percurso. Logo, todo piso deve ter superfície regular, firme, estável, antiderrapante e que não provoque trepidações. Além disso, é importante que os capachos sejam embutidos no piso e os tapetes ou forrações tenham suas bordas firmemente fixadas. Caso contrário, simplesmente devem ser eliminados esses objetos.

O Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência tratou dos obstáculos que os cadeirantes enfrentam para exercer seu direito de locomoção:

Uma das principais consequências que as barreiras sociais podem ocasionar ao indivíduo é o impedimento – situação desvantajosa para um determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou de uma incapacidade, que limita ou impede o desempenho de um papel que é normal em seu caso (em função de idade, sexo e fatores sociais e culturais) (...) O impedimento está em função da relação entre as pessoas incapacitadas e seu ambiente. (...) Essa relação ocorre quando essas pessoas enfrentam

barreiras culturais, física ou sociais que as impedem de ter acesso aos diversos sistemas da sociedade à disposição dos demais cidadãos. O impedimento é, portanto, a perda ou a limitação das oportunidades de participar na vida da comunidade na igualdade de condições com os demais. Equiparação de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade – como o meio físico e cultural, moradia e transporte, serviços sociais e de saúde, oportunidade de educação e de trabalho, vida cultural e social, inclusive instalações desportivas e de lazer – se torna acessível a todos. (CUNHA, 1996).

Deste modo, constata-se que o impedimento está no ambiente e nas barreiras criadas nele que impedem o deficiente físico de deter isonomia de possibilidades e igualdade de direitos.

4 Legislação pertinente ao direito de locomoção dos cadeirantes

A Constituição Federal de 1988 através dos artigos 227 e 244 garante a acessibilidade às cidades, às edificações e aos transportes. O § 2º do art.227 da Constituição federal assim dispõe:

A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edificios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

O art.244 da Carta Política de 1988 complementa afirmando que:

A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no Art. 227, § 2º.

Em dezembro de 2004, foi publicado o Decreto nº 5.296, que regulamenta a Lei nº 10.048, de 8 de novembro de 2000. Esta, por sua vez, dá prioridade de atendimento às pessoas portadoras de deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. Por outro lado, a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que pode ser considerada o Estatuto de Acessibilidade, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. O conceito de acessibilidade adotado pela referida lei é amplo e envolve um macrossistema, desde via de acesso, calçada, terminal, veículo, até capacitação de pessoal.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) deu mais um passo em atendimento ao disposto no Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que trata da promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Através da publicação da norma ABNT NBR 15570/2009, que possui especificações técnicas para fabricação de veículos de características urbanas destinados para o transporte coletivo de passageiros, foram estabelecidos os requisitos básicos para que a indústria possa construir os novos veículos destinados ao transporte público coletivo urbano de passageiros com atributos de segurança, conforto e acessibilidade.

A norma ABNT NBR 15570/2009 passa a abranger veículos como os miniônibus, ônibus articulados e biarticulados, que são uma realidade em muitos sistemas de transporte no país, além disso, os veículos com o conceito “Piso Baixo”,

ou seja, aqueles que possuem o piso interno rebaixado para possibilitar o acesso sem barreiras físicas para as pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O autor José Nilo de Castro trata em sua obra “Direito Municipal Positivo” a relação da cidade com o cidadão objetivando promover ambientes acessíveis a todos:

A cidade e o cidadão têm uma interação sensível e sentida. A cidade reage à medida da provocação do cidadão pela força de seus princípios informadores, que são os da centralidade e da diversidade. Informa a cidade o princípio da centralidade, porque é a cidade o centro de tudo, centro administrativo, centro político, centro religioso, centro econômico-financeiro, centro cultural. Há seguramente aí uma força centrípeta irresistível. A informar a cidade está o princípio da diversidade, porque nela se situa e se desenvolve pluralidade de raças e de etnias, de profissões e de religiões, de culturas e de troca de informações. São duas forças das entranhas da cidade, a centralidade e a diversidade.

O cidadão etimologicamente provém do latim (*cives, civis*, raiz comum de cidade – *civitas, civitatis*, assim como urbano provém de *urbs, urbis*, que quer dizer também cidade, formando o urbanismo, ciência da cidade).

O texto Constitucional, no art. 29, XII, estatui, como um dos preceitos que integram a Lei Orgânica do Município, a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. Cooperação é princípio de participação e participação é solidariedade e integração. Participar é fazer com, e integrar é fazer com todos. Ao planejador municipal incumbe plantar o pé na realidade da cidade e do mercado, de modo a tornar a moradia possível para o maior número de famílias. É a moradia um direito social (art. 5, XI, 6, 7, IV, 23, IX e 183 da CR). Ao planejador municipal lhe incube igualmente disponibilizar trabalho (convivência harmônica entre atividade e o local), dispor sobre a circulação urbana (art. 5, XV da CR e Lei n. 9.503, de 23.09.1997, Código de Trânsito Brasileiro), e sobre as áreas de lazer

e de recreação (art.6 da CR), e tais funções sociais da cidade têm seus desdobramentos em todas as políticas públicas municipais. Impõe-se continuar neste processo de transformação e de renovação urbana. Continuidade é vida.

Extraí-se aqui a presença do novo princípio do Estado Democrático de Direito (art.1, CR). O princípio da cooperação, da participação e da solidariedade. O plano diretor qualifica-se como ancoradouro instrumental da participação e da solidariedade no espaço urbano. Prestigia-se normativamente a colaboração com os particulares. É a grande mensagem da atual Constituição, que, por várias vezes, se refere à participação (arts. 1, 23, parágrafo único, 29, XII, 174, 194, 195 e 198, III), sendo que na legislação infraconstitucional destaca-se este princípio (art. 3 da lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e o Decreto-lei n. 200/67, art. 10 §1, b). (CASTRO, 2010, p. 377-403)

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), o mundo abriga perto de 650 milhões de portadores de deficiências, a maioria deles vivendo em países em desenvolvimento.

Observa-se diante do exposto que a Constituição Brasileira assegura o direito de todo cidadão de “ir e vir” livremente, no entanto todo dia o portador de deficiência física tem que superar inúmeros obstáculos como calçadas em péssimas condições, falta de guias rebaixadas, inadequação de lojas e restaurantes, transporte deficiente, ensino profissional precário, preconceito, diversas barreiras em prédios comerciais e públicos. Por isso, na prática essa condição não é tão simples para pessoas com mobilidade reduzida, como os portadores de deficiência.

4.1 Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001)

- Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.

O Estatuto da Cidade é uma Lei Federal (10.257/01) que regulamentou e desenvolveu o capítulo “Da Política Urbana” na Constituição Federal (artigos 182 e 183), estabelecendo como deverá ser elaborada a política urbana em todo o país e os instrumentos para sua concretização, conforme art. 4º da lei mencionada:

Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

- I- planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- II- planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
- III- planejamento municipal, em especial:
 - a) plano diretor;

O capítulo III, “Do Plano Diretor”, da Lei 10.257/2001, traz especificamente normas que regulamentam a gestão dessa atividade, tendo abrangência e aplicabilidade nacional, já que tal lei tem natureza federal, compreendidos nos artigos 39 ao 42.

A lei que institui o Plano Diretor foi essencial para criação de uma estrutura no nível nacional que possibilitasse as cidades expressivas (com mais de 20.000 habitantes) a adotarem posteriormente essa política social.

Portanto, o Plano Diretor deve estar em conformidade obrigatoriamente com a Constituição Federal, que é a Lei máxima no ordenamento jurídico, e com a Lei 10.257/2001, também conhecida Estatuto da Cidade, pois foi esta quem autorizou, desde sua entrada em vigor, as cidades a possuírem

leis municipais que determinam a estrutura urbana de cada região.

4.2 Leis municipais

- Lei nº 552, de 10 de julho de 2000

Torna obrigatória a instalação de rampas ou elevadores para acesso de deficientes físicos às escolas municipais pelo Município de Manaus.

- Lei nº 671, de 4 de novembro de 2002

A Lei nº 671/2002 regulamenta o Plano Diretor Urbano e Ambiental, estabelece diretrizes para o desenvolvimento da Cidade de Manaus e dá outras providências relativas ao planejamento e à gestão do território do Município.

Trata-se de uma lei municipal que estabelece diretrizes para a adequada ocupação do município. Nela é determinado o que pode e o que não pode ser feito na nossa cidade, em se tratando de atividades e empreendimentos a serem realizados, está em conformidade com o §1º do art.182 da Constituição Federal e no Estatuto da cidade. O artigo 182 §1º da CF/1988 estabelece que:

Art.182. §1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Alguns artigos da lei supramencionada, que estão inseridos no âmbito da discussão do tema, são:

Art. 22. Constituem-se programas da Estratégia de Mobilidade em Manaus:

(...)

II - Programa de Melhoria da Circulação e Acessibilidade Urbana, para a qualificação dos logradouros públicos e o ordenamento dos sistemas operacionais de tráfego, mediante:

e) ampliação da acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, com a implantação de rampas nas travessias de pedestres e comunicação visual e sonora, reportando-se às exigências das normas técnicas brasileiras específicas.

Art. 122. São componentes do Plano Integrado de Transporte:

(...)

VII - normas para qualificação dos espaços públicos que incluam as demandas dos portadores de necessidades especiais.

Pode-se observar que a referida Lei traz no capítulo IV, “Da Mobilidade em Manaus”, nos artigos 19 a 23, normas que protegem e asseguram o direito dos deficientes físicos em geral a um ambiente acessível. Um tópico que não poderia faltar, já que essa lei foi elaborada com o objetivo de organizar a estrutura urbana por meio da cooperação da sociedade com o Estado.

O artigo 19 da lei trata dos objetivos gerais e específicos da estratégia da mobilidade em Manaus. O objetivo geral é melhorar tal estrutura de forma a atender às necessidades da população em todo território nacional e os objetivos específicos são: otimizar as redes de circulação viária e capacitá-las; ampliar os serviços de transporte e proporcionar a integração entre os diferentes locais.

O artigo 20 apresenta as diretrizes de estratégia de mobilidade em Manaus, informando que as vias devem ser acessíveis aos pedestres. No artigo 21, é dado um prazo de 5 anos para recuperação dos espaços públicos de mobilidade que

estejam indevidamente ocupados por equipamentos de empresas prestadoras de serviços de energia elétrica, abastecimento de água e tratamento de esgoto, telefonia e outros. No artigo 22, são enumerados os programas de estratégia de Mobilidade em Manaus. No artigo 23, é determinado que o Poder Executivo Municipal providencie medidas complementares às ações do governo federal e estadual com relação às rodovias BR-174 e AM-10.

• Lei Municipal nº 673, de 04 de novembro de 2002

Institui o Código de Obras e Edificações do Município de Manaus no Estado do Amazonas.

Dispositivos pertinentes, *in verbis*:

Art. 3º - Ficam estabelecidas as seguintes diretrizes gerais que norteiam a redação e a aplicação deste Código:

III - garantia de boas condições de acessibilidade, circulação e utilização das edificações de uso público, principalmente por cidadãos com necessidades especiais;

Art. 48 - Toda edificação de uso público deverá assegurar condições de acesso, circulação e uso por pessoas portadoras de necessidades especiais, conforme disposições estabelecidas neste Código e na Norma Técnica Brasileira específica.

• Lei nº 674, de 04 de novembro de 2002

Relativa ao Licenciamento e Fiscalização de Atividades em Estabelecimentos e Logradouros, que integram o Conjunto de Posturas do Município de Manaus.

Dispositivos pertinentes, *in verbis*:

Art. 44. Os logradouros públicos deverão atender à normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de necessidades especiais ou com mobilidade reduzida, nos termos definidos pelas normas técnicas federais.

(...)

Art. 48 - Toda edificação de uso público deverá assegurar condições de acesso, circulação e uso por pessoas portadoras de necessidades especiais, conforme disposições estabelecidas neste Código e na Norma Técnica Brasileira específica.

• Lei Municipal nº 949, de 10 de março de 2006

Dispõe sobre Diretrizes do Sistema de Bilhetagem e Direitos dos Usuários dos Transportes Coletivos de Manaus.

Nos seus artigos 33 e 34, a norma prevê mecanismos de acessibilidade para os deficientes físicos em transportes coletivos:

Art. 33 A entrada dos portadores de necessidades especiais será pela porta dianteira, reservadas a estes as poltronas mais próximas aos motoristas, os quais, junto com cobradores, serão responsáveis pelo cumprimento dessas garantias.

Art. 34 A Prefeitura deverá, obrigatoriamente, dar publicidade a esses direitos no interior dos ônibus, através de placas e adesivos.

5 Resultados e discussões

5.1 Análise dos dados

Especificamente no que se refere às pessoas com deficiência, de acordo com dados da Organização Mundial de

Saúde (OMS), em todo o planeta são aproximadamente 650 milhões de pessoas que possuem algum tipo de deficiência. Só no Brasil, segundo o Censo 2000 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), essa parcela representa 14,5% dos brasileiros, ou quase 30 milhões de habitantes.

Em reunião no dia 18 de maio de 2011, o Conselho Estadual do Amazonas e o Conselho Municipal de Manaus encontraram-se com o Conede para discutir a versão preliminar do Plano Diretor da Campanha da Acessibilidade. O encontro do Conede/AM, realizado em parceria com o CMPDP/Manaus, teve como principal reivindicação a melhoria do transporte aquaviário no Estado. De acordo com os participantes da Reunião Ampliada, as propostas da Copa do Mundo de 2014 não contemplaram adequadamente o conceito de transporte aquaviário, que necessita de adaptação urgente de suas embarcações, observando o *layout* interno, e da estrutura dos portos de embarque e desembarque, utilizando-se inclusive de mecanismos de elevadores de rampa.

Em reportagem feita pelo jornal “A Crítica”, no dia 1º de Abril de 2010, foi esclarecido que apenas 4,7% (62 veículos) dos ônibus de toda frota circulando na cidade de Manaus (1295 veículos) estavam adaptados ou construídos para transportar cadeirantes, dessa forma uma das condições para a realização da Copa de 2014 na região é a adoção pelos estádios de normas de acessibilidade para portadores de deficiência, que incluem a construção de rampas em todos setores, sanitários adaptados e serviços de apoio, um portão de entrada exclusivo com acesso a uma área adaptada.

Concluiu-se que a cidade de Manaus apresenta obstáculos à locomoção dos cadeirantes, partindo da premissa de que o dito problema social existe, sendo este visível e de conhecimento de todos. Os dados expostos demonstram a urgência de medidas governamentais, já que a cidade será uma das sedes da Copa de

2014, assim como é um direito inserido na CF/1988 que deve ter eficácia social.

5.2 Resultados finais

No estudo comparado do direito de locomoção e a realidade social vigente em Manaus, observou-se a existência de limitadores quanto à aplicabilidade das normas referentes à acessibilidade que dificultaram a difusão de tais normas na vida cotidiana da sociedade como por exemplo: escadas, elevadores inadequados, portas estreitas, falta ou defeito de rampas, esgoto sem tampa, não há rampas nas faixas de travessia, estacionamentos inadequados, paradas de ônibus sem a estrutura necessária, nos entornos de hospitais e postos de saúde detectaram-se muitas barreiras arquitetônicas, como lixeiras nas calçadas, escadas desnecessárias e falta de estacionamento adequado.

Logo, a estrutura da cidade deveria na prática facilitar o acesso dos cadeirantes aos ambientes públicos, no entanto esses impedimentos frequentes estão presentes tanto em prédios históricos, que são fontes culturais e turísticas na cidade, como também tal erro se estende até construções atuais que não seguem o modelo de acessibilidade.

Apontamos, também, que em alguns lugares, como o centro da cidade, a estrutura para receber cadeirantes está mais bem amparada por políticas governamentais, mas todos devem usufruir do direito de locomoção. Logo, tais medidas precisam atender a cidade de maneira uniforme, tanto em áreas privilegiadas quanto em regiões mais afastadas e de difícil acesso.

Buscando promover a acessibilidade para todos, são imprescindíveis investimentos em obras concretas que sejam destinadas para esse fim, assim como é necessária a

conscientização de todos com o intuito de serem preservadas construções e evitadas deteriorações futuras.

Como sugestões para a melhoria da condição de vida dos deficientes físicos podemos elencar alguns tópicos: espaços adequados reservados, por exemplo, em salas de cinema e estádios, assim tais espaços garantirão lugares próximos para o deficiente e seu acompanhante; os telefones deverão atender os requisitos de acessibilidade, permitindo a sua utilização por pessoas com deficiência física e sensorial auditiva parcial. Sempre que houver um conjunto de telefones de uso público, urge que pelo menos um deles atenda às condições dessas pessoas; os sanitários precisam de bacia adaptada na lateral e no fundo com barras com apoio e transferência, o assento estando a uma altura de 0,46 m do piso. O boxe tem de permitir ao deficiente a transferência frontal e lateral para a bacia sanitária e a porta do boxe, para o conforto dele, será aberta para fora.

Levando em consideração a obrigação de adotar tais atitudes pelo governo e por outro lado o gasto que ocasionará aos cofres públicos, recomenda-se que se dê preferência aos lugares em que essas medidas provoquem maiores prejuízos e afetem diretamente a vida dos moradores e pessoas que geralmente circulam nesses espaços urbanos. Apesar de se dar ênfase aos trabalhos do governo que agem justamente na urbanização e estrutura da cidade, não é retirada a responsabilidade e o dever de toda pessoa física e jurídica proprietária de imóveis da adequação desses lugares com as normas que tratam da acessibilidade e o Plano Diretor da Cidade.

Então, a proposta como alternativa para as barreiras quanto à aplicabilidade das normas de acessibilidade se insere no próprio conceito de igualdade que seria tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade; assim no que se refere ao transporte coletivo, seriam contratadas empresas privadas que atenderiam

exclusivamente a demanda de cadeirantes, na cidade de Manaus, em paralelo com o sistema de ônibus para toda a população. Por conseguinte, o deficiente físico teria uma segunda opção, além do transporte coletivo, que seria especializado com toda a estrutura necessária para recebê-los. Pois, por mais que os ônibus tenham os equipamentos para os portadores de necessidades especiais, mesmo assim eles são destratados por causa da arrogância e impaciência daqueles que utilizam do mesmo transporte.

Conforme expõe acerca do plano Diretor, o autor José Nilo de Castro afirma que:

Papel importantíssimo dentro desse contexto desempenha o Município. Prescreve o art.182 da CF que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes.

No § 1 do precitado artigo 182 da CR se prescreve que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais 20 mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O § 2 dispõe que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências sociais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O plano diretor, compreendendo a zona urbana, de expansão urbana e urbanização específica, é o conjunto de normas legais e diretrizes técnicas para o desenvolvimento global do município. Do Município todo, porque, segundo o § 2 do art.40 da Lei n. 10.257/2001 “o plano diretor deverá englobar o território do município como um todo”, inclusive a rural. Tem sentido a disposição normativa de abrangência total do território do Município, porque o plano diretor está compreendido no planejamento municipal (art. 4 , III, a, do Estatuto da Cidade). (CASTRO, 2010, p. 377-403)

Quanto ao processo de elaboração do Plano Diretor de Manaus, inicialmente, será consultada a população e os dados coletados tanto nos questionários como nas audiências públicas vão contribuir com o novo Plano Diretor.

Com um instrumento renovado e atualizado em relação às características mais recentes da cidade, tudo isso vai para o papel em forma de anteprojeto de lei, sendo encaminhado à Câmara Municipal de Manaus (CMM) para mais debates populares.

O aval final da população e dos vereadores permite que o prefeito de Manaus sancione o Plano Diretor que deve valer para os próximos 10 anos.

6 Conclusão

A Constituição Federal de 1988, como visto através de alguns dispositivos, assegura a proteção de direitos não somente dos cadeirantes, como também de outros grupos que porventura sejam excluídos da sociedade.

Sabe-se que as Constituições anteriores enfatizavam apenas a igualdade formal, deixando um grande vazio para a efetivação desses direitos, todavia a CFRB/1988 inovou no ordenamento jurídico consagrando por meio da letra da norma a igualdade material, o que representou um grande avanço democrático.

Ocorre que a acessibilidade somente será alcançada através da cooperação da sociedade juntamente com o governo. Portanto, para garantir a igualdade às pessoas portadoras de deficiência e aplicar o princípio da não-discriminação, não basta criar leis que venham garantir uma situação isonômica frente às demais pessoas. Deve-se implantar políticas compensatórias

capazes de inserir e incluir essas pessoas dentro do cenário mundial.

Tomar medidas quanto à questão da acessibilidade é um dever coletivo e de cidadania, visto que existem cerca de 24,5 milhões de portadores de deficiência no Brasil, um número bastante expressivo que não pode ser ignorado, pois grande parte dessas pessoas têm uma vida ativa, trabalham e estudam e, por isso, precisam se movimentar pelas cidades. Logo, os deficientes anseiam pela igualdade, querem ser considerados integrantes úteis da comunidade em que vivem, sem serem estigmatizados pela sua diferença.

A falta de acesso dificulta a participação dos cadeirantes e conseqüentemente reduz a condição de cidadania de cada um, limitando a possibilidade de uma maior convivência social. Assim, num ciclo vicioso, as pessoas com necessidades especiais se isolam e a sociedade não convive com as diferenças no dia-dia, fazendo com que tenha uma separação nítida de grupos sociais.

Muitas empresas e estabelecimentos do País ainda não se adaptaram aos parâmetros e critérios de acessibilidade estabelecidos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). Frequentemente, alegam dificuldades financeiras ou mesmo falta de demanda do público com deficiência. Mas lei é para ser cumprida. E o fato é que, nos últimos anos, a legislação brasileira evoluiu muito quanto à questão, com quase todos os pontos cruciais para a garantia da acessibilidade contemplados pelos poderes Executivo e Legislativo. Algumas leis são mais conhecidas, como a de Cotas, que determina a contratação, por empresas com mais de 100 funcionários, de 2% a 5% de pessoas com deficiência.

Escadas, elevadores inadequados e portas estreitas são obstáculos diários, principalmente em construções antigas, além de apertadas vagas no estacionamento. Trata-se de um cenário

considerado como normal em uma cidade. No entanto, esse mesmo cenário exclui um em cada mais de catorze brasileiros com determinados tipos de deficiência física.

Para alterar essa situação, é preciso vontade política, diante das providências que precisam ser tomadas nos edifícios utilizados pelas diversas esferas do governo, e uma luta contínua no sentido de alterar essas situações nos variados ambientes privados.

Por isso, para garantir o direito de livre acesso ao meio físico e de livre locomoção, reconhecido pela Constituição Federal, falta uma visão mais clara de obrigatoriedade, bem como uma ligação entre a lei e os já existentes parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade feita pela ABNT.

The right of a wheel chair accessible provided in an environment legislation in force in applied Manaus

Abstract: We live in a social problem in Manaus: The difficulty of movement of wheelchair users. We compared the compatibility of the right of disabled people, under the law in force, with government measures taken in the city of Manaus. Accessibility is the right of citizens, including people with disabilities to move around. The lack of this leads to the exclusion of opportunities for social progress, resulting in the marginalization and social segregation. Among the results, it was observed that increasingly society and government have sought cooperation to meet the fundamental right of movement enshrined in CF/1988, but there are many constraints on the effectiveness of these standards which should be corrected, since all buildings in the city of Manaus should be in accordance with the Master Plan, which sets forth guidelines to guide the works that emerge. Therefore, it is urgent to take effective measures to resolve the issue of accessibility, then it can work as a tool for development of society where all alike

enjoy their inherent rights.

Keywords: Wheelchair; Accessibility; Plan.

Referências

ABNT. *Pela acessibilidade no transporte urbano*. Apresenta normas técnicas de acessibilidade aos cadeirantes. Disponível em: <www.abnt.org.br/m5.asp?cod_noticia=192>. Acesso em: 20 jan 2011.

BRASIL. *Estatuto da cidade*: Lei 10.257/2001. Estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

_____. *Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência*. Tradução de Edilson Alkmin da Cunha. Brasília: Corde, 1996.

CASTRO, José Nilo de. *Direito municipal positivo*. 6. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2006. p. 377-403.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Metodologia do trabalho científico*: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

LEITE, Flávia Piva Almeida. O Direito das pessoas portadoras de deficiência a terem um ambiente acessível. *Interesses Difusos*: temas polêmicos, São Paulo, v.17, p. 2319 - 2339, jan./fev. 2003.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172, 179. *Métodos de abordagem e procedimento*. Disponível em: <<http://www2.videolivreria.com.br/pdfs/14017.pdf>>. Acesso em: 3 abr. 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Portugal: Coimbra, 1993. p. 40-42.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 31-33.

PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRACIANO, Francisco. Plano diretor I. Diário do Amazonas, Manaus, 18 jan 2011. Disponível em: <blogs.d24am.com/artigos/2011/01/18/plano-diretor-i/>. Acesso em: 21 jan 2011.

PRESTES, Monica. Cadeirantes não têm vez. A Crítica, Manaus, 1 abr. 2010. Cidades, p. C3.

RUIZ, João Álvaro. *Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 211-212, 239.

(Texto republicado por ter saído com incorreção na RJMPAM, v.14, n.1/2, p.151-182, jan./dez. 2013).

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

*André Luiz Rocha Pinheiro**

Sumário: 1 Introdução. 2 As normas de direitos fundamentais. 3 Regras e princípios como espécies normativas. 3.1 Distinção entre regras e princípios. 4 Princípios como mandamentos de otimização. 5 Antinomias entre regras e princípios. 5.1 Conflito de regras. 5.2 Colisão de princípios. 6 Princípio da proporcionalidade. 7 A proporcionalidade e o campo de tensão entre direitos fundamentais. 7.1 Elementos do princípio da proporcionalidade e sua aplicação prática. 8. Conclusão. Referências.

Resumo: Os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A Constituição brasileira foi organizada segundo um sistema harmônico de normas, todavia, em determinadas circunstâncias, poderão ocorrer aparentes antinomias entre os direitos fundamentais nela previstos. Dessa forma, faz-se necessária a utilização do Princípio da Proporcionalidade para a ponderação entre os direitos formadores da antinomia, que deve ser solucionada de acordo com os limites impostos pelo caso concreto sem restrições desnecessárias a qualquer dos bens jurídicos envolvidos. É nesse cenário que se mostra relevante o objeto de estudo, pois este se presta a apontar a eficácia do Princípio da Proporcionalidade como instrumento de preservação dos Direitos Fundamentais em caso de conflitos entre esses.

* Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Católica Argentina – “Santa Maria de Los Buenos Aires”. Ex-membro da Comissão de Direito Digital e Eletrônico da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Amazonas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Conflitos. Princípio da proporcionalidade. Ponderação.

1 Introdução

Os direitos fundamentais se apresentam no âmbito da normativa constitucional como conjunto de valores e objetivos básicos e, ao mesmo tempo, marco da proteção de situações jurídicas subjetivas (LUÑO, 2004, p. 20-21). Em um plano objetivo, os Direitos Fundamentais são verdadeiros legitimadores das formas constitucionais do Estado de Direito, pois são produtos do acordo firmado entre as variadas forças sociais. Trata-se de dar ao homem condição de pessoa, cidadão, trabalhador, administrado (BONAVIDES, 1996, p. 248). Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais normatizam a interação entre os indivíduos e o Estado, bem como entre si mesmos, significando proteção da autonomia e segurança da pessoa frente ao Poder Público e quanto aos demais integrantes da estrutura social.

Componentes de um sistema unitário, os direitos fundamentais configuram partes constitutivas de todo o conjunto constitucional e estão relacionados (de maneira condicionada) com outros bens jurídico-constitucionais, deduzindo-se que eles terão seu conteúdo e limites delimitados em homenagem a outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos conjuntamente (HÄBERLE, 2003, p. 33). Sob uma ótica tipicamente formal, podemos assinalar que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem a todos os seres humanos dotados de personalidade e capacidade de realização (FERRAJOLI, 2003, p. 37).

Ao serem inseridas normas *iusfundamentais* na CF/88, o legislador brasileiro decerto pretendeu dispô-las de maneira a construir um sistema eficaz e harmônico de normas

(concordância prática). Todavia, em determinadas situações, as normas de direitos fundamentais poderão protagonizar um aparente cenário de conflito entre elas, ou seja, no plano concreto, uma determinada norma de tal natureza poderá ensejar a permissão de determinado ato enquanto outra norma de mesma identidade poderá negar o exercício do mesmo ato, por exemplo, e uma vez configurado esse cenário, alguma solução haverá de ser dada ao conflito instalado, mas como fazê-lo? De que forma deverá o intérprete aplicar a norma?

Deve-se levar em consideração que tais normas não são absolutas ou ilimitadas, contudo, considerar-se-á, também, o fato de estas não poderem ser suprimidas. Portanto, é concebendo tal situação que emerge a relevância do Princípio da Proporcionalidade, pois é a partir de sua operacionalização que poderá ser dada a correta resolução às aparentes antinomias existentes, de forma a garantir a efetividade das normas de direitos fundamentais, não sendo possível ao operador do direito abster-se da utilização de tal princípio, já que somente por sua utilização será possível garantir a coexistência das aludidas normas.

2 As normas de direitos fundamentais

É necessário estabelecer parâmetros para identificar as normas de direitos fundamentais, seja considerando um ordenamento jurídico específico (hipótese abstrata) ou levando em conta um ordenamento específico, com normas conhecidas (hipótese concreta).

Robert Alexy, na obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, adota como ponto de partida sistemas jurídicos minimamente desenvolvidos, assim como noções de metodologia jurídica que possam ser aceitas por positivistas e não positivistas. Por esta razão, o referido autor não adentra em questões empíricas (VIGO, 2006, p. 327), o que não impede, porém, referências

a exemplos práticos de problemas relacionados às antinomias entre normas de direitos fundamentais.

É possível avaliar se todas as normas presentes em uma Constituição exprimem direitos fundamentais; se somente uma parte das normas constantes em uma Constituição apresentam direitos fundamentais, dizendo ainda a razão de tais normas terem sido eleitas como veiculadoras de tais direitos, ou mesmo se direitos fundamentais podem ser enunciados por meio de normas infraconstitucionais.

Uma das formas para a identificação de normas de direitos fundamentais reúne critérios substanciais e estruturais, segundo os quais os direitos fundamentais somente são aqueles que constituem o fundamento do próprio Estado, e que, por esta razão, são reconhecidos na própria Constituição. “Dizer que um direito constitui fundamento do próprio Estado é expressar uma definição substancial”, todavia, tal conceituação (limitadora e fechada) incorre em determinados problemas. Um deles está ligado ao fato de vincular o conceito de direito fundamental a uma certa noção de Estado. O direito à garantia de um mínimo existencial, portanto, não poderia ser classificado como direito fundamental, uma vez que este não se enquadraria na estrutura de um direito de liberdade do Estado de Direito liberal.

Um conceito puramente estrutural aponta que só as normas que expressassem direitos subjetivos seriam consideradas de direito fundamental. Todavia, esta alternativa é vacilante, mormente porque assim procedendo, as normas que eventualmente se encontrassem em íntima relação com aquelas tidas como de direitos fundamentais não poderiam ser abarcadas pelo conceito que melhor utiliza essa conexão (ALEXY, 2008, p. 66-68).

Uma maneira exitosa para a identificação de normas de direitos fundamentais, a qual se encontra relacionada à forma

de positivação, onde são considerados direitos fundamentais, independente de seu conteúdo, aqueles inseridos entre os artigos 1º a 19 da Constituição alemã, bem como as chamadas “disposições periféricas associadas”, que muito embora não estejam dentro dos artigos mencionados, autorizam o recurso à reclamação constitucional, ou seja, disposições de direitos fundamentais são as normas expressadas diretamente por estes dispositivos (ALEXY, 2008, p. 68-69).

A referida linha de entendimento não carrega as desvantagens de associação dos critérios substanciais e estruturais, tampouco desconsidera assertivas mais generalizadas. A Constituição brasileira de 1988 possui dispositivos específicos sobre o que são considerados direitos fundamentais, isto é, são tidos como direitos fundamentais aqueles regulamentados por estes dispositivos determinados, bem como por disposições esparsas encontradas ao longo do texto constitucional (estas últimas se assemelhando às disposições periféricas associadas, da Constituição alemã).

3 Regras e princípios como espécies normativas

As normas jurídicas, de um modo geral, expressam comandos positivos ou negativos (autorizadoras ou proibitivas). Tais normas podem ser enunciadas por espécies normativas denominadas regras ou princípios, sendo de extrema importância que se tenha uma clara distinção entre ambas, já que é a partir daí que se compreenderá a estrutura dos direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico.

Sem a correta distinção entre regras e princípios não se tem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais e tampouco doutrina satisfatória acerca das colisões (ALEXY, 2008, p. 85).

3.1 Distinção entre regras e princípios

As regras são espécies normativas que exigem o pleno cumprimento dos comandos nelas delineados, somente existindo dois caminhos ao intérprete que com ela se depara: ou ela é cumprida nos exatos termos de seu enunciado (nem para mais e nem para menos), ou não é cumprida, não havendo espaço para que a satisfação de uma regra seja realizada em distintos graus, porquanto, se determinada regra existe, é válida, eficaz e aplicável ao caso concreto a que se destina, pressupondo-se total viabilidade fática e jurídica em relação às mesmas, ou seja, possuem caráter definitivo.

A aplicação das regras é uma questão de tudo ou nada, porque deverá ser feito exatamente o que ela determina, já que elas necessitam de subsunção e não de ponderação (VIGO, 2006, p. 306).

Os princípios, pelo contrário, são tidos como normas de caráter *prima facie*, ou seja, são espécies normativas cujos comandos devem ser realizados de acordo com as limitações apresentadas no caso concreto. Noutras palavras, o caráter *prima facie* dos princípios indica que os enunciados trazidos por eles serão cumpridos a depender das possibilidades fáticas e jurídicas encontradas no campo prático, sendo, tais limitações, representadas pelas próprias colisões entre espécies normativas.

O critério mais conhecido para a diferenciação entre regras e princípios é o que se baseia no grau de generalidade, segundo o qual uma norma com baixo grau de generalidade seria uma regra, enquanto que uma norma com elevado grau de generalidade seria um princípio (ALEXY, 2008, p. 87), o que, faz com que o referido método possua impropriedades sérias, capazes de incorrer em contradições.

Parece conveniente distinguir generalidade de abstração, sendo a primeira concernente à dimensão pragmática dos destinatários da norma (referindo-se ao âmbito pessoal e de sua

vigência) enquanto a segunda está ligada à dimensão semântica dos referentes da norma, relacionando-se do domínio material de sua vigência e envolvendo a questão de definir os fatos jurídicos e casos que são subsumíveis à norma.

Ainda, considerando que tanto regras como princípios são normas gerais e abstratas, faz-se necessário determinar o grau de generalidade e abstração, ou seja, quão ampla é a classe de pessoas que são destinatárias da norma (generalidade) e quão abrangentes são os fatos, ações e demais bens regulados por ela (abstração) (NEVES, 2013, p. 22).

A tese de diferenciação com base na generalidade não merece acolhimento, bastando atentar para o caso da legalidade penal para verificar que tal metodologia não possui sustentação (NEVES, 2013, p. 23). Tal preceito (legalidade) encontra-se presente na Constituição brasileira (art. 5.º, inciso XXXIX) e, embora se trate de uma regra, já que serve como critério definitivo para a tomada de decisão solucionadora de determinado caso, possui um elevado grau de generalidade se comparado com certos princípios constitucionais (NEVES, 2013, p. 23). O contrário pode igualmente ocorrer, quando consideramos que alguns princípios são setoriais (aplicáveis ao sistema financeiro e tributário, por exemplo) e mesmo assim eles são menos gerais e menos abstratos que várias regras constitucionais não adstritas a um setor específico, razão pela qual se afasta a tese da diferenciação com fundamento na generalidade.

Outros critérios são também utilizados, a exemplo da “determinabilidade dos casos de aplicação”; à forma de seu surgimento – por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” –; caráter explícito ao conteúdo axiológico; ideia do direito ou uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica (NEVES, 2013, p. 88).

Três teses diferentes seriam possíveis no que se refere à distinção entre espécies normativas. A primeira delas no sentido de que a tentativa de diferenciação, em razão da pluralidade existente, estaria “fadada ao fracasso”. A segunda defende que muito embora se possa dividir normas em regras e princípios, tal diferença se limita ao âmbito dos graus (tese sustentada principalmente por aqueles que acreditam no método da generalidade para realizar a distinção). A terceira, por derradeiro, sustenta que a diferença entre regras e princípios são diferentes espécies de normas e que sua principal diferença reside não apenas em relação à graduação, mas sim em uma diferença qualitativa, (NEVES, 2013, p. 89-90).

4 Princípios como mandamentos de otimização

Ao contrário do que se passa com as regras, que, em termos de cumprimento se aplica o “tudo ou nada”, os princípios dependem diretamente das oportunidades reais e jurídicas postas em cada situação concreta, e por isso a sua satisfação poderá ser realizada em distintos graus. Nessa linha de raciocínio, a característica *prima facie* dos princípios, ou seja, que eles “se distinguem em que são normas que só ordenam uma finalidade, pero no establecen la forma em que se deba cumplir em cada caso”¹ (ESCUELA LIBRE DE DERECHO, 2006, p. 237), traduz o real sentido da expressão “mandamento de otimização”. Isso demonstra que a diferença essencial entre regras e princípios é exatamente qualitativa ou conceitual e não simplesmente ligada ao grau de generalidade entre uma e outra espécie normativa.

As regras são normas que exigem pleno cumprimento,

¹ Distinguem-se em que são normas que só ordenam uma finalidade, mas não estabelecem a forma em que deva ser cumprido em a cada caso (tradução própria).

ou seja, é obrigatório fazer precisamente o que ordena (possibilidade fática e jurídica). A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a subsunção. Os princípios, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus (ATIENZA, 2000, p. 204).

5 Antinomias entre regras e princípios

5.1 Conflito de regras

No conflito entre regras, a resolução costuma se dar através de uma sistemática mais simples, já que a exclusão de uma das regras ou mesmo a inserção de uma cláusula de exceção em uma das duas é suficiente para sanar o problema.

Imagine-se que determinada regra enuncie um comportamento, enquanto que uma segunda regra assinale comportamento em sentido completamente antagônico. Em tal situação, a exclusão de uma das regras (através das formas de interpretação, ou mesmo legislativamente), solucionará o caso ou, sendo possível, a inserção de uma exceção no conteúdo de uma das regras afastará a necessidade de exclusão de uma delas, já que tal mecanismo estabilizará a incompatibilidade. Assim sendo, não se mostra dificultosa a resolução da problemática referente ao conflito entre regras, pois os métodos apresentados são eficazes no que diz respeito ao contorno de tais problemas.

5.2 Colisão de princípios

Se a resolução de conflito de regras é facilitada pelos métodos apresentados anteriormente, o mesmo não se dá quando se está diante de uma colisão entre princípios. A contar

pela nomenclatura diferenciada (prefere-se falar em colisão entre princípios, em vez de conflito entre princípios), é possível notar que o tratamento a ser dado às colisões entre tais espécies normativas é, realmente, distinto.

Os princípios se distinguem das regras essencialmente em razão de seu caráter qualitativo, ou seja, é possível que se atribua diferenciados valores (ou pesos) aos princípios, e tais pesos/valores dependerão de cada circunstância em que eles estejam inseridos. Nesse contexto, sempre que um princípio estiver se contrapondo a outro (num mesmo ordenamento jurídico) fala-se em colisão ou antinomia simplesmente aparente, já que o fato de tais espécies normativas serem constituídas em diferentes pesos de importância, podendo ser aplicados em diferentes graus, não é correto afirmar que haja uma contrariedade real instalada, mas tão só aparente.

Em determinada situação, um princípio poderá ter peso “X” e sobrepor-se a outro princípio de menor peso. Em outra situação, o mesmo princípio poderá ter peso “X-1”, cedendo espaço à prevalência de outro princípio, que no caso em concreto possui peso superior, valendo ressaltar que a atribuição de valores numéricos ou simbólicos aos princípios se dá somente para fins didáticos, negando-se que haja uma ordem rígida entre os princípios a ponto de estabelecer o peso dos mesmos e onde sua escala de realização possa se expressar em números (VIGO, 2006, p. 307).

Por serem os princípios mandados de otimização, ou seja, que eles devem ser cumpridos na maior medida possível reforça o caráter da antinomia aparente, pois o cumprimento de um princípio em detrimento de outro jamais poderá afastar a validade do princípio que foi mitigado. Em casos duvidosos ou problemáticos, necessário se faz ponderar os valores contrapostos para então decidir qual prevalecerá (VIGO, 2006, p. 327).

6 Princípio da proporcionalidade

No século XVIII, o princípio da proporcionalidade aparece como ponto de liberdade individual em face dos atos administrativos, servindo como limitação aos atos gravosos do Estado que tinham como alvo os cidadãos.

Partindo para o século XIX, o princípio da proporcionalidade passou a ser parâmetro para elidir os excessos cometidos pelo Poder Executivo. Corolário, as arbitrariedades cometidas pelo Estado por meio de seu poder de polícia mereceram grande aplicação desse princípio, que também foi denominado como princípio da proibição do excesso e tomou *status* de princípio constitucional.

Até se pode afirmar que a relevância jurídica do princípio da proporcionalidade tenha se dado nos séculos XVIII e XIX, contudo, no plano filosófico, principalmente na visão Aristotélica, o mencionado princípio já adentrava na seara da justiça, constituindo no Século IV a.C. o grande norte para a construção da visão autônoma de justiça do povo grego. Foi na obra *Ética a Nicômaco*, que Aristóteles pontuou a ocorrência do fator proporcionalidade aplicado na justiça distributiva e corretiva. A essência da proporcionalidade, portanto, traduz-se no conceito real de justiça, tendo influenciado também a Europa Ocidental Cristã, seguindo como filosofia essencial da Igreja Católica.

Segundo Aristóteles (2010, p. 105-106), o justo consistia, sobretudo, em uma espécie de termo proporcional e o injusto, o que viola a proporção, sendo exatamente por esta razão (a busca da justiça, ou do meio-termo) que na ocorrência de disputas as pessoas recorrem ao juiz.

O acolhimento generalizado do princípio da proporcionalidade nos ordenamentos jurídicos é resultado de um ambiente preparado pelas discussões jusfilosóficas após a 2ª Guerra na Alemanha. Os horrores praticados em obediência

a determinações da lei conduziram a um pensamento de que se pusesse em evidência uma dimensão valorativa do Direito, assim como a que se buscasse em outras fontes (não somente na legislativa) critérios para sua correta aplicação (GUERRA FILHO, 2005, 100-101).

7 A proporcionalidade e o campo de tensão entre Direitos Fundamentais

O caráter essencial dos princípios está diretamente relacionado com a proporcionalidade, e esta, com aqueles. Assim, dizer que o caráter dos princípios nos remete à proporcionalidade é dizer que esta também, por meio de seus três elementos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reveste-se logicamente de caráter principiológico.

Uma das aplicações mais proveitosas contidas potencialmente no princípio da proporcionalidade é aquela que o faz instrumento de interpretação toda vez que ocorre antagonismo entre direitos fundamentais e se busca daí solução conciliatória, para a qual o princípio é indubitavelmente apropriado, o que constitui principal objetivo do presente trabalho.

7.1 Elementos do princípio da proporcionalidade e sua aplicação prática

A observância dos elementos que constituem o princípio da proporcionalidade se revela importante simplesmente porque a aplicação deste se dará em casos envolvendo conflito entre direitos fundamentais e, por consequência, importará em realização de um direito fundamental em maior grau que o outro. Assim sendo, é evidente que alguma restrição a direito fundamental ocorrerá na operação, porém isto jamais pode

significar supressão ou exclusão de tal direito que, no caso específico, teve aplicação preterita em nome de outro.

Tratando-se do elemento *adequação* ou conformidade (*Geeignetheit*), qualquer medida adotada com o propósito de restringir direitos fundamentais terá que possuir idoneidade, de maneira que haja correspondência entre o fim almejado e os meios adotados para tal finalidade, ou seja, “o subprincípio da adequação (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos.” (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 366).

A este respeito, cabe atentar à seguinte explicação:

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a *medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à persecução do fim ou fins a eles subjacentes.* (CANOTILHO, 2003). (grifos nossos)

No que se refere ao elemento da necessidade, também chamado de exigibilidade (*Erforderlichkeit*), caso haja adoção de medida que venha restringir direitos, esta deverá ser estritamente necessária, de modo a ser eficaz no salvaguardar direito fundamental. Isso quer dizer que tal medida não poderá ser preterida por outra, ainda que menos gravosa.

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 366).

Pelo *princípio da proporcionalidade em sentido estrito* o meio escolhido para a persecução de determinada finalidade deverá ser orientado pelo senso do razoável (o qual corresponde ao senso de um homem médio). A partir desse entendimento, faz-se necessário que, após as análises sobre a adequação e a necessidade, o operador da ponderação verifique se os benefícios obtidos através da operação são maiores que

a limitação imposta. Caso positivo, ter-se-á obedecido a proporcionalidade em sentido estrito e, caso contrário, não.

Nessa esteira, os benefícios de um determinado fim deverão ser superiores ao ônus imposto pela norma.

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma. Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, entendido como princípio da “justa medida”. (CANOTILHO, 2003, p. 270).

Ambos os princípios componentes do “campo de tensão” são postos em uma “balança”, ou seja, são medidos e valorados a fim de concluir, de acordo com o caso específico, qual o de maior relevância. Assim, um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador.

Sobre o procedimento de ponderação, devemos conceituá-lo como técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas de hermenêuticas tradicionais. Trata-se da ideia de ponderação e equacionalização de um determinado contexto, de modo a estabelecer um equilíbrio entre os meios adotados e os propósitos almejados, o que atribui ao intérprete da norma papel extremamente importante no que se refere à correta aplicação do princípio, pois há grande discricionariedade conferida a este e, caso não haja cautela, poderá interferir de forma profunda na esfera do titular do direito em questão.

Devem coexistir, de forma harmônica, os três elementos parciais do princípio da proporcionalidade para que se torne

possível sua aplicabilidade. Havendo a inocorrência, ainda que de somente um dos elementos parciais, o aplicador da norma verificará, após submissão minuciosa do caso concreto à análise, que naquela situação específica o ato não é cabível ou proporcional, devendo abster-se de seu cometimento.

Dois casos brasileiros envolvendo colisão entre direitos fundamentais podem ser mencionados, sendo o primeiro deles julgado em 2012, em que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs no Supremo Tribunal Federal Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (STF, *ADPF54/DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012), objetivando afastar os efeitos da legislação nacional (art. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal), que proibia a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, pois a referida disposição só assim permitia agir em casos que a gestante fosse vítima de estupro ou que a gestação pudesse colocar a vida da mãe em risco. A lei, por não distinguir outras situações específicas, criminalizava a conduta da mãe e de terceiro que interrompesse a gestação dos fetos, ainda que anencefálicos², os quais, segundo comprovação científica, não possuem chances de vida extrauterina.

Transcreve-se um trecho da questão de ordem analisada pelo Tribunal, em que se apontou o envolvimento de direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira (dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde) com o objetivo de sustentar o afastamento da sanção à gestante que desejasse interromper a gravidez de feto anencefálico:

(...) Sob o ângulo da admissibilidade, no cabeçalho da petição inicial, apontou, como envolvidos, os preceitos

² O anencéfalo significa, do grego an-privação; enkephalos-cérebro, aquele feto que com ausência parcial de encéfalo. Anencefalia e sua amplitude. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2316/1811>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

dos artigos 1º, IV – *dignidade da pessoa humana* –, 5º, II – *princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade* –, 6º, cabeça, e 196 – *direito à saúde* –, todos da Carta da República (STF, ADPF54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012, p. 2).

Os propositores da referida ação alegavam que o fato de obrigar uma mãe a gerar uma criança a qual não reuniria condições mínimas de vida extrauterina configuraria condição muito prejudicial à sua saúde e tal obrigação violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo-se excluir do ordenamento jurídico brasileiro a norma proibitiva da interrupção da gravidez em tais casos, deixando a decisão final sobre o prosseguimento da gestação a cargo exclusivo da gestante.

A “tensão” encontrada na predita situação reside no fato de que as normas vigentes – proibitivas da prática de aborto mesmo em casos de feto anencefálico – se prestaram à proteção do bem mais valioso do ser humano, qual seja, o direito fundamental à vida, em contrapartida àqueles direitos fundamentais já mencionados, que no caso se colocavam a favor da gestante.

É possível verificar, deveras, que os casos que chagaram até a corte se referem a um campo de tensão instalado entre o direito fundamental à vida (do feto) em contraposição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação, saúde etc), sendo todos eles expressados através de princípios.

Por esta razão, o Tribunal, em diversas passagens, ressaltou a importância da proporcionalidade (aplicação da ponderação dos bens jurídicos envolvidos) de modo a permitir a correta resolução da controvérsia.

(...) Não se coaduna com o *princípio da proporcionalidade* proteger apenas um dos seres da relação, privilegiar aquele

que, no caso da anencefalia, não tem sequer expectativa de vida extrauterina, aniquilando, em contrapartida, os direitos da mulher, impingindo-lhe sacrifício desarrazoado. A imposição estatal da manutenção de gravidez cujo resultado final será irremediavelmente a morte do feto vai de encontro aos princípios basilares do sistema constitucional, mais precisamente à *dignidade da pessoa humana, à liberdade, à autodeterminação, à saúde, ao direito de privacidade, ao reconhecimento pleno dos direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres*. (STF, ADPF54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012, p. 65). (grifos nossos)

A corte ressaltou a característica dos princípios como normas diferenciadas, já que estas, ao apresentarem valores a serem observados, não comportam um estabelecimento de precedência entre uns e outros, ou de estabelecimento de pesos ou importâncias taxativas, afastando-se a ideia de que é possível estabelecer uma escala de valor predeterminada para cada um deles, uma vez que somente o caso concreto será capaz de delinear os limites e alcance de cumprimento da referida espécie normativa.

(...) O *princípio da proporcionalidade* e a ponderação de valores que lhe é inerente comportam reflexão. *Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos*. Não há como estabelecer, a priori, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural [41] [41]. *Se os valores são relativos, não há como fundamentar um como superior ao outro*. (STF, ADPF54/DF. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12.04.2012, p. 124). (grifos nossos)

O julgamento privilegiou os direitos fundamentais em favor da gestante, por não considerar razoável decisão que impusesse a esta manter a gravidez até as últimas consequências, mesmos nos casos em que comprovadamente o feto fosse “inviável”, ou seja, sem qualquer chance de vida fora do útero, e por esta razão o Tribunal julgou

procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (STF, *ADPF54/DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12 abr. 2012, p. 1).

Dessa forma, o caso apresentado expressou o caráter distinto pelo qual se resolve os conflitos de direitos fundamentais, notadamente aqueles previstos através de norma-princípio. Diante da existência de normas jurídicas com consequências práticas antagônicas, fez-se necessária a ponderação dos interesses envolvidos, porém a prevalência de um dos interesses (no caso, os direitos fundamentais da mulher à saúde, liberdade, autodeterminação etc.) não implicou, em nenhum momento, a invalidação da norma ou a sua exclusão do ordenamento jurídico.

Outro importante julgado em que a ponderação de valores é referida como fundamental à resolução de controvérsias entre normas-princípios também se deu perante o STF, no ano de 2008, ocasião em que foi apreciado o pedido feito pelo Procurador-geral da República, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (STF, *ADI 3510DF*. Rel. Ministro Ayres Brito, Plenário, julgado em 29.05.2008), requerendo a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º, da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), que permitia a pesquisa científica utilizando células-tronco embrionárias.³

O argumento utilizado no intuito de impedir as pesquisas com células-troncos embrionárias se fundamentou na proteção do direito à vida, assinalando que a permissão de pesquisas dessa natureza configuraria o crime de aborto. Contudo,

³ “As *células-tronco* são células com capacidade de renovação através da mitose e podem originar tipos especializados de células, que formam os diferentes tecidos do corpo humano”. *InfoEscola*. Células-tronco. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/citologia/celulas-tronco/>>. Acesso em 6 dez. 2013.

entendeu-se que muito embora o direito à vida fosse um dos mais importantes do ordenamento jurídico, este não é absoluto, tampouco podendo se falar em precedência deste em relação aos demais, razão pela qual considerou a existência de outros direitos fundamentais em jogo, bem como ressaltou a importância do constitucionalismo fraternal, através do qual se fundamentada a busca pela cura de doenças e dos direitos fundamentais da autonomia da vontade, do planejamento familiar à maternidade.

O Tribunal decidiu pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade e consequente manutenção do dispositivo legal que permitia a utilização de células-tronco embrionárias para a realização de pesquisas científicas, após entender que o referido dispositivo não incorreria em violação do direito à vida, como se pode observar na passagem a seguir:

Como se sabe, a *superação dos antagonismos existentes entre princípios constitucionais* - como aqueles concernentes à inviolabilidade do direito à vida, à plenitude da liberdade de pesquisa científica (cujo desenvolvimento propicie a cura e a recuperação de pessoas afetadas por patologias graves e irreversíveis) e ao respeito à dignidade da pessoa humana - há de resultar da utilização, pelo Poder Judiciário, de *critérios que lhe permitam ponderar e avaliar, “hic et nunc”*, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto, a *utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, tal como adverte o magistério da doutrina (STF, *ADI 3510DF*. Rel. Ministro Ayres Brito, Plenário, julgado em 29.05.2008, p. 452-453). (grifos nossos)

A ponderação de valores em face da contradição aparente entre princípios, conforme os exemplos apontados se faz necessária, considerando que não existe princípio absoluto e a

prevalência de um determinado princípio sobre outro, em um caso específico, não excluirá o princípio preterido, preservando-se a harmonia do ordenamento jurídico, em homenagem a uma finalidade ainda maior, que é a de proibição de contradição.

O modo através do qual são resolvidas as colisões entre princípios se dá, portanto, de modo absolutamente diverso daquele utilizado para o conflito de regras, pois não se há que falar em eliminação de um princípio para a aplicação de outro, em casos de colisão aparente, bastando, porém, a realização de ponderação dos valores envolvidos, de modo a permitir a maior eficácia possível de ambos.

8 Conclusão

Conforme se expôs no presente trabalho, novos caminhos têm sido traçados em relação aos direitos fundamentais, uma vez que, após a consolidação do Estado de Direito, tais bens jurídicos passaram a representar importante instrumento limitador à atuação do Estado no âmbito da liberdade privada do cidadão, mesmo porque o salvaguardar destes significa, em sua própria essência, a garantia de respeito à liberdade e à dignidade de seus destinatários.

Os direitos fundamentais se apresentam como conjunto de valores e objetivos básicos e, ao mesmo tempo, com o marco da proteção das situações jurídicas subjetivas e por esta razão se apresentam como verdadeiros legitimadores das formas constitucionais do Estado de Direito, haja vista serem corolário do acordo das variadas forças sociais. Os direitos fundamentais estão relacionados reciprocamente e de maneira condicionada com outros bens jurídico-constitucionais, deduzindo-se que eles, haverão de ter seu conteúdo e seus limites definidos, em homenagem a outros bens jurídico-constitucionais reconhecidos juntos a eles.

Porém, em determinadas situações, as normas de

direitos fundamentais protagonizam um aparente cenário de conflito entre elas próprias, ou seja, no plano concreto, uma determinada norma *iusfundamental* poderá ensejar a permissão de determinado ato e, outra norma da mesma natureza, em aparente descompasso, poderá negar o exercício do mesmo ato, por exemplo.

Uma vez configurado esse painel, faz-se necessário solucioná-lo através da ponderação de valores, o que constituiu o principal foco da presente pesquisa, levando-se em consideração que tais normas não são absolutas ou ilimitadas, considerando-se também, o fato de estas não poderem ser suprimidas. É nesse contexto que emerge a relevância do princípio da proporcionalidade, vez que é a partir da operacionalização deste que se pode dar a correta resolução às aparentes antinomias existentes, de forma a garantir a efetividade das normas de direitos fundamentais.

Não pode, como visto, o operador do Direito abster-se da utilização de tal princípio, posto que somente por sua utilização será possível garantir a coexistência das aludidas normas em casos de aparentes conflitos entre as mesmas, cabendo reiterar que o princípio da proporcionalidade mostra-se como importante ferramenta utilizada pelo Judiciário com o propósito de controle às restrições de direitos fundamentais bem como para sua efetivação em casos de colisão entre esses.

Por derradeiro, o presente estudo se voltou a oferecer resposta a tais casos, bem como primando por demonstrar o embasamento teórico-prático da aplicabilidade no princípio da proporcionalidade como efetivo solucionador das controvérsias entre normas de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.

Principle of the proportionality as an essential and effective solution of existent controversies between norms of fundamental rights.

Abstract: The study focused on analysis of the controversies between norms of fundamental rights and aimed to resolve the referred conflicts using of specific methods, both for cases contradiction between rules and for cases or controversies between principles. In this context, the utilization of the proportionality principle was pointed out as an essential tool for the resolution of the collisions between fundamental rights, especially of those expressed through principles, which occur with greater frequency. The study was motivated by the need to deepen the discussion related to the problem of the conflicts of laws, not only by confronting the normative texts which express such rights, but also by discussing on such phenomena with the complexity demanded by the issues. To do so, doctrinaire, legal and jurisprudential research was undertaken, making the analysis of practical demands possible, and inserting the object of the investigation inside a macro context, in order to compare minimally organized legal systems. Principles enunciate values which deserve to be fulfilled to the greater possible measure, according to judicial and real world possibilities, considering the limits of the applied case, since they are, in essence, relative. For this reason, the conflict between fundamental rights (generally foreseen through principles) is solved through a judgment of balancing, that is to say, of balancing between the judicially conflicted rights, so that such balancing does not involve unnecessary restrictions in the detrimented right and neither the invalidation or exclusion of any fundamental rights. In conclusion, the principle of the proportionality was deemed as an essential and effective solution of existent controversies between norms of fundamental rights.

Keywords: Fundamental Rights. Collision. Pondering of values. Principle of the proportionality.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. 4. ed. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret Ltda, 2010. (Coleção a obra-prima de cada autor).

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. Tradução de: Teorías de la Argumentación Jurídica.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 3510DF*. Rel. Ministro Ayres Brito, Plenário, julgado em 29 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal, *ADPF54/DF*. Rel. Ministro Marco Aurélio, Plenário, julgado em 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e a teoria da constituição*. Almedina: Coimbra, 2003.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO. *La crisis de la ley: Memoria del II encuentro de claustros docentes*. Pisa: Escuela Libre de Derecho, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. Madrid: Trotta, 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson. S. L., 2003.

INFOESCOLA. *Células-tronco*. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/citologia/celulas-tronco/>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

O princípio da proporcionalidade como solucionador de conflitos entre normas de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988

LUÑO, Antonio E. Perez. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004. Tradução própria.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martins; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre hidra e hércules*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PAULATTI, Leticia Carla; ANGELUCCI, Cleber Affonso. *Anencefalia e sua amplitude*. Disponível em: <<http://inter temas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2316/1811>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporâneas*: Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey, Alexy, Fins. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

Panorama sobre o controle das ações policiais no Brasil

*João Gaspar Rodrigues**

Sumário: 1 Introdução. 2 O controle do poder em qualquer de suas manifestações. 3 Mecanismos de controle das polícias. 4 A eficiência do controle externo pelo Ministério Público. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: O Brasil apresenta quatro mecanismos de controle ou supervisão das polícias: tribunais militares, corregedorias, ouvidorias e Ministério Público. O sistema constitui uma cadeia em que as relações inter-institucionais são conflitantes e descoordenadas, contribuindo para um fracasso geral de responsabilização das polícias. Neste contexto, o Ministério Público tem as mais amplas atribuições, em teoria, de controle e monitoramento da polícia. Porém não se exercem completamente estes poderes por causa de conflitos institucionais e falta de regulamentação desta área de atuação.

Palavras-chave: Polícia. Ministério Público. Controle externo.

1 Introdução

Muitas das conquistas inscritas na Constituição de 1988 se deram como reação ao então passado autoritário recente e também como uma forma de prevenir abusos futuros. Entre as memórias sensíveis e dolorosas da sociedade brasileira estavam os abusos cometidos pelo braço armado do Estado (ou “forças

* Promotor de Justiça. Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes/RJ.

da opressão”, “milícias da ditadura”, para lembrar apodos recentes): as polícias. E de olho nesse passado autoritário, violento, abusivo e truculento, os constituintes, numa tentativa de criarem múltiplos mecanismos de fortalecimento da democracia¹, atribuíram ao Ministério Público o controle externo das ações policiais *police oversight*.

O Estado é a única associação (*communitas communitatum*) a desfrutar o direito de usar diretamente a vis coactiva, a coação física ou violência, ou finalmente, autorizar a sua utilização. E a atividade policial é o espectro mais visível do poder superior do Estado, podendo, facilmente, incorrer em violações aos direitos fundamentais dos indivíduos. Esses abusos de poder constituem desordem tão frequente e séria que a proteção contra eles é, em toda sociedade, problema da maior importância.

As instituições livres e embebidas nas melhores inspirações republicanas, dentre as quais se destaca o Ministério Público por sua estrutura jurídica, têm o desafio de reduzir ao mínimo ou neutralizar os abusos que nascem das desigualdades no poder, principalmente da relação tremendamente desigual e assimétrica travada entre o indivíduo e o Estado-polícia². A relação Estado/indivíduo e Estado/sociedade ou o equilíbrio adequado (*o juste milieu*) entre o princípio da autoridade e a liberdade é um dos problemas mais agudos da democracia moderna e do sistema constitucional de preservação dos direitos

¹ Óbvio que essa atribuição não se insere num propalado e insustentável projeto de engrandecimento ou fortalecimento do Ministério Público. Isso seria corporativismo que em nada auxiliaria o sistema jurídico e político brasileiro. O intuito foi preservar os direitos fundamentais do cidadão e robustecer, com isso, a democracia. Os aspectos corporativos sempre existirão, mas não podem encobrir a razão de fundo.

² “Ya por capacidad innata, ya por un resultado de instituciones injustas, los hombres son desiguales en poder. En ausencia de control, sólo serían libres los que tienen un amplio poder” (GINSBERG, 1961, p. 151). Esses dois grandes princípios – autoridade e liberdade – coexistem e se combatem naturalmente no seio das sociedades humanas.

fundamentais sob o pano de fundo do pensamento moderno relativo à dignidade humana e à própria ideia de civilização.

2 O controle do poder em qualquer de suas manifestações

No Brasil, pela tradição autoritária e arbitrária do Estado, o sentido da injustiça e do abuso assume um impulso historicamente mais potente que qualquer concepção positiva de justiça³. Nossas polícias foram estruturadas como braços armados de grupos oligárquicos ao longo do tempo⁴. Essa é a herança ou o estigma que acompanha o aparelho policial do Brasil, ainda não permeado totalmente pelos princípios da teoria e do pensamento democrático moderno. E essa “herança” exige uma reestruturação de “raiz e ramo” do aparelho policial brasileiro (talvez um primeiro passo seja a unificação das polícias, matéria controversa prevista na PEC 102/2011 em tramitação no Congresso Nacional).

A impunidade dos agentes do Estado que cometeram graves violações de direitos humanos durante o regime militar foi consagrada na lei de anistia. Muitos infratores permaneceram nas polícias, forças armadas ou outros órgãos públicos. Essas instituições nunca passaram por uma reestruturação

³ Em brilhante ensaio diz o prof. David Spitz (1957, p. 225): “Every community, even one that is democratic in form, dwells always in the shadow of injustice; for men who are free are still men, and if they do not act always as beasts it is still true that they do not act always as gods”. Tradução livre: “Cada comunidade, mesmo aquela que é democrática na forma, habita sempre na sombra de injustiça, pois os homens que são livres ainda são homens, e se eles não agem sempre como animais ainda é verdade que eles não agem sempre como deuses”.

⁴ Durante os dois períodos autoritários no Brasil (Era Vargas e Ditadura Militar), o policiamento foi centralizado, predominando noções de segurança nacional e excepcionalismo, com exclusão de toda noção de responsabilidade. Nos períodos democráticos, o policiamento foi descentralizado e fragmentado, tornando-se, muitas vezes, comprometido com os interesses criminosos de elites políticas e econômicas locais (MACAULAY, 2005, p. 23).

ou processo de “higienização institucional”, no período de transição. Isso deixou o Brasil com um pesado passivo de uma cultura institucional de impunidade na polícia. E é essa cultura que responde, em parte, pela resistência policial em se submeter a qualquer tipo de controle externo, expondo suas ações ao escrutínio público.

Todo poder é perigoso por sua própria natureza, pois seu titular está sempre propenso a dele fazer abuso. E o fato de o Estado deter o monopólio da coerção física tende a converter seus agentes em promotores de seus próprios interesses, abusando, fatalmente, de suas atribuições (DUVERGER, 1975, p. 62; FRIEDRICH, 1970, p. 30; DAHL, 1998, p. 98; CATLIN, 1964, p. 97). No século XIX, Lord Acton, um católico liberal de grande estatura intelectual, escreveu numa carta de 1887 ao bispo de Londres Mandell Creighton a frase famosa: “Todo o poder tende a corromper e o poder absoluto corrompe absolutamente”. Esta proposição deixa claro que o abuso do poder é algo a se levar em conta sempre que se atribua poder a algum ser humano sem a presença de eficientes mecanismos de controle (interno e externo).

O poder, essencialmente, constitui um seriíssimo risco para quem o exerce (LASKI, 1932, p. 31); e quaisquer que sejam as razões que se aduzam no sentido de sua extensão, existem, também, outras razões convincentes que exigem a criação de uma defesa e de um controle, como contenção e correção de seus abusos. O poder incontrolado e incondicional tem resultado sempre, em suas últimas consequências pelo menos, verdadeiramente funesto para todos aqueles sobre os quais se exerce.

A exigência de um controle do poder (em quaisquer de suas manifestações práticas ou fenomenológicas) como condição de liberdade é tema recorrente na história do pensamento político e pedra de toque da ciência política

moderna. A teoria da delimitação e controle do poder em nome dos direitos universais da pessoa inspirou as maiores construções doutrinárias da tradição liberal, do jusnaturalismo de John Locke (1632-1704) ao utilitarismo de Bentham (1748-1832), James Mill (1773-1836), Benjamim Constant (1767-1830) e John Stuart Mill (1806-1873). Sempre atentos à necessidade de criar mecanismos eficientes dentro do universo jurídico que contivessem o uso indevido do poder, impedindo abusos. Pois, como diz Dromi (1976, p. 13),

la autoridad sin limites es muerte de la libertad. La libertad sin limites es muerte de la autoridad y de la propia libertad. Allí surge precisamente la función del derecho para fijar con razonabilidad y prudencia las riberas de ese rio eterno llamado poder.

A chamada crise do Direito tem gerado, nos últimos anos, formas neoabsolutistas de poder público, carentes de limites inibitórios e controles, que só podem encontrar um razoável equacionamento dentro do próprio Direito, que passa a ser enfocado como limite da atuação humana e, ao mesmo tempo, garantia. A divisão do poder e seus controles constituem a base do governo civilizado. É o que se entende, numa perspectiva ampla, como constitucionalismo.

O homem é um ser imperfeito. Em sua luta diária para abolir o mal e alcançar o bem, ao lado de cada boa inclinação acompanha uma má que segue de perto a primeira e lhe disputa o passo: o desejo de justiça junto com o de vingança; o espírito de liberdade e o espírito de tirania; a vontade de elevar-se e a tendência a rebaixar o que é superior. Analisada a natureza humana profundamente, por toda parte se encontrará a mesma mistura, o mesmo perigo, a guerra incessante entre as boas e as más inclinações, a razão e o capricho, o dever e a paixão, o bem e o mal.

Para todos esses instintos paralelos e contrários, para

todos indistintamente, tanto para os maus como para os bons, a palavra poder tem perspectivas e promessas infinitas (GUIZOT, 1981, p. 94). Fala a todas as paixões do coração humano, às mais morais e às mais imorais, às mais generosas e às mais desonestas, às mais doces e às mais duras, às mais construtivas e às mais destrutivas.

Mesmo num Estado democrático, o exercício do poder é extremamente expansivo (SIMON, 1955, p. 134) e com pouco senso de responsabilidade histórica, pois tende a exercer uma tutela sobre a sociedade e o indivíduo só comparável ao Estado totalitário. Até mesmo o antigo Estado absoluto, como diz Ortega y Gasset (1987, p. 130), respeitava instintivamente a sociedade. Busca-se fortalecer o Estado democrático à custa da sociedade e do indivíduo, e para isso, a estratégia é interferir (e restringir) em suas esferas próprias e autônomas. É a criatura nutrindo-se dos criadores.

Também há uma firme crença de que o Estado democrático ao corresponder ao desejo da maioria deve conceder remédio a todas as misérias humanas, de qualquer espécie que seja. E nestas circunstâncias de aliviar todas as dores, não ocorre a ninguém em pensar se existem outros meios ou recursos para evitar algumas delas ou se aquelas tratadas em cada caso concreto, efetivamente receberam o melhor tratamento (um tratamento compatível com a situação dada). E é claro que a intervenção do Estado a cada desvirtuamento ou miséria da sociedade ou do indivíduo gera uma espécie de círculo vicioso: à medida que aumenta a intervenção governamental, mais se fortalece o pensamento de sua necessidade e com mais insistência pede-se a sua extensão. Instala-se uma espécie de “estatalatria” a refletir dois sentimentos ou estados atitudinais: medo diante da poderosa máquina estatal e seus agentes arrogantes; e dependência das soluções oficiais.

Para Ortega y Gasset (1987, p. 131), o Estado de

nosso tempo é uma máquina formidável, que funciona prodigiosamente, de uma maravilhosa eficiência pela qualidade e precisão de seus meios. Colocada no meio da sociedade, basta tocar numa mola para que suas enormes alavancas se ponham em ação e operem fulminantemente sobre qualquer parte do corpo social.

Posto diante do Estado, continua o filósofo espanhol, o homem-massa (usufrutuário privilegiado e passivo da democracia e da civilização) tende a ver no Estado uma coisa sua, uma espécie de faz-tudo, e diante de qualquer dificuldade, conflito ou problema na vida pública de um país, passa a exigir que o Estado o assuma imediatamente, que se encarregue diretamente de resolvê-lo com seus meios gigantescos e incomparáveis.

Este é o maior perigo que hoje ameaça a civilização: a estatização da vida, o intervencionismo do Estado, a absorção de toda espontaneidade social pelo Estado; isto é, a anulação da espontaneidade histórica, que definitivamente sustenta, nutre e impulsiona os destinos humanos. Quando a massa se sente insatisfeita, ou simplesmente tem algum forte desejo, é para ela uma grande tentação essa possibilidade permanente e segura de conseguir tudo – sem esforço, luta, dúvida ou risco –, sem precisar fazer nada além de apertar a mola e ligar a portentosa máquina.

Todavia, essa “portentosa máquina”, numa democracia, não detém poderes ilimitados e absolutamente livres de controle ou insindicáveis⁵. O arbitrário está reduzido ao mínimo compatível com as imposições práticas. O poder exercido num ambiente democrático carrega uma necessidade

⁵ O Estado, alfa e ômega de si mesmo, existente por si próprio e a si próprio suficiente, superior a todos os valores humanos, é fenômeno incompatível e inaceitável em ambiente democrático.

constante de autojustificação⁶ e se apoia na consciência jurídica institucional, não sendo, absolutamente, um *fiat* arbitrário. O exercício do poder, em qualquer espaço que se manifeste, precisa vir acompanhado de um sentido teleológico, de modo a recomendá-lo à aceitação dos homens. Não se prende uma pessoa pela prisão em si; um indivíduo não é revistado por um policial para satisfazer um desejo doentio do agente do Estado. Em qualquer situação, o exercício do poder estatal precisa ter um fundo substancial (ou teleológico) que o justifique; esse fundo não é simplesmente a vontade do indivíduo (agente estatal), conduto pelo qual o Estado (entidade abstrata) se faz concreto. Daí porque, como ensinam Prélot (1974, p. 80) e G. Lumia (2003, p. 34), o fenômeno político mais importante não é o poder, mas a obediência; é por isso que as democracias contam, sobretudo, com o consenso dos cidadãos, enquanto as ditaduras se fiam amplamente na força dos aparatos repressivos.

3 Mecanismos de controle das polícias

O Brasil apresenta quatro mecanismos de controle ou supervisão das polícias: tribunais militares, corregedorias, ouvidorias e Ministério Público (MACAULAY, 2005). O sistema constitui uma cadeia em que as relações interinstitucionais são conflitantes e descoordenadas, contribuindo para um fracasso geral de responsabilização das polícias. As corregedorias filtram casos de má conduta policial antes que eles atinjam os elementos mais independentes do sistema. O envolvimento do

⁶ No ambiente político brasileiro, essa necessidade de autojustificação é potencializada pela crise de credibilidade das nossas frágeis instituições. Há uma desconfiança generalizada da população em relação ao serviço público (seja ele qual for) e à classe política. E desta desconfiança, como ressalta Sabella (1991, p. 13), “quase ninguém escapa. Nem o Governo, nem os políticos, nem o Judiciário. O ceticismo do povo se traduz em frases sarcásticas e zombeteiras a respeito dos parlamentares, dos governantes, dos agentes públicos”.

Ministério Público com o processo criminal (sendo o “dono da ação penal pública”) leva-o a uma relação conflituosa com as polícias, o que dificulta a supervisão imparcial. As ouvidorias são independentes, mas falta o poder de fazer melhorias em processos de avaliação interna e há muito pouca supervisão não governamental da polícia.

Fiona Macaulay (2005) desenvolve criteriosa crítica sobre esses quatro mecanismos de controle. A justiça militar representa um enclave de impunidade que protege a polícia militar das disciplinas civis. Os tribunais militares são fechados ao escrutínio público e a cultura militar enfatiza a responsabilidade dos militares para com a própria instituição, não em relação à população em geral. Por isso, os níveis de transparência, fiscalização e responsabilidade são baixos.

As corregedorias da polícia funcionam como um filtro para antecipar e prevenir investigações mais completas de abusos policiais. Elas operam de uma maneira atomizada e defensiva, e colaboram pouco com outras entidades investigadoras. Os níveis de transparência, fiscalização e responsabilidade são baixos. A ação disciplinar só se faz efetiva quando há esmagadoras evidências combinadas com insistente cobertura da mídia. Os oficiais superiores são, geralmente, isentos de investigação ou punição, apesar do fato de serem sobrerrepresentados no universo das reclamações.

As ouvidorias de polícia são órgãos civis, mas não completamente autônomos, que recebem denúncias sobre abusos policiais, monitoram os inquéritos internos e sindicâncias disciplinares conduzidos pelas corregedorias. Também iniciaram um processo de análise dos defeitos operacionais e estruturais do atual modelo de policiamento no Brasil. O sucesso das ouvidorias depende, em grande medida, dos recursos institucionais, da autonomia e do apoio político que recebem. O grau de transparência é alto, o de fiscalização é médio e o de responsabilidade é baixo.

O Ministério Público tem as mais amplas atribuições, em teoria, de controle e monitoramento da polícia. Porém não se exercem completamente estes poderes por causa de conflitos institucionais e falta de regulamentação desta área de atuação. Mesmo assim, para a autora referida, os níveis de fiscalização e responsabilidade são altos, embora a transparência seja tida como média.

4 A eficiência do controle externo pelo Ministério Público

A eficácia na contenção dos abusos e das ilegalidades cometidas pelas polícias é proporcional à existência de mecanismos de controle e à intensidade de sua vigilância. Impõe-se, naturalmente, às instituições democráticas controladoras, o dever de dar novas possibilidades de desenvolvimento às liberdades individuais e evitar qualquer perigo que as ameacem. Num Estado de Direito Democrático toda energia coletiva se concentra no esforço de subordinar a lei, a moral e todas as instituições sociais às necessidades de harmonia social. Há por trás do Estado muitos inimigos da liberdade e é mediante o próprio Estado (através de órgãos públicos de controle, bem entendido) que os combatemos. Restringir a ambição desordenada que dá ensejo ao abuso e coibir o princípio da força como regulador das relações humanas são alguns dos objetivos de qualquer função controladora.

O cenário, todavia, é sombrio. Passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição Federal, o controle externo da atividade policial ainda permanece numa zona cinzenta das atribuições ministeriais, cercado de dúvidas e incertezas, quase relegado ao reino dos mitos desacreditados ou das vagas abstrações. Dificuldades na identificação e na definição clara das providências que podem e devem ser adotadas para implementar, de forma eficiente, a atribuição em plano nacional,

ainda persistem. Falta um roteiro ou esquema de ação hábil a nortear os agentes ministeriais e isso faz com que a instituição, em seus vários órgãos de execução, adote a censurável e obsoleta estratégia de “tentativas e erros” na operacionalização da matéria. Cada agente molda sua promotoria de acordo com suas ideias, preconceitos, idiosincrasias⁷, sob uma forma experimental, arbitrária e, muitas vezes, excêntrica, refletindo um caráter personalístico e voluntarista pouco compatível com a postura institucional impressa na estrutura, atividades e ações do Ministério Público.

O art. 129, inc. VII, da Constituição Federal, que atribuiu ao MP o controle externo da atividade policial, remete à lei a tarefa de regulamentar a atribuição. É norma de eficácia limitada ou reduzida, não produzindo, por si mesma, todos os seus direitos essenciais. Até os dias de hoje, só há um artigo de lei (com cinco incisos!) de hierarquia federal, o art. 9o. da Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que concede um breve aceno ao tema e traça pálido esboço da função. Essa penúria normativa é muito bem ressaltada pelo Conselho Superior da Polícia Federal, através da Resolução n. 1/2010-CSP/DPF, de 26.03.2010: “O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público está adstrito às hipóteses previstas no art. 9o. da Lei Complementar n. 75, de 1993...”. O objetivo da referida resolução policíaca é “evitar abusos ou excessos no exercício das atividades funcionais entre autoridades policiais e membros do Ministério Público”. Ou seja, em bom português, é o controle sobre o controle, o fiscalizado traçando os limites da atividade do fiscal, sintetizando em resolução ilegal (já

⁷ Fiona Macaulay (2005, p. 20) atribui esse problema à estrutura do Ministério Público, com as suas unidades especializadas e de alto grau de autonomia, resultando em “células” ativistas, relativamente isoladas de seus colegas e superiores e de outras instituições de justiça. E também ao sistema federal de governo responsável pelas diferenças marcantes na orientação de Estado para Estado.

declarada pelo STJ - recurso especial n. 1.365.910) a relação “gladiatorial” (para utilizar um termo hobbesiano) entre a instituição controlada e a controladora.

Já a Lei Federal n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) não traz absolutamente nada sobre o referido controle. Por conta desse desleixo, toda a instituição, e pior ainda, toda a sociedade brasileira, está obrigada a confiar em impressões intuitivas, pessoais, sem um marco normativo denso e sério que possa ser o norte magnético na árdua tarefa de controlar os abusos policiais. A normatividade ulterior dos Estados (na forma do art. 128, da CF), além de ser fragmentária e assistemática, rende-se, com facilidade, aos reclamos do poder político local.

Perante tal quadro soa risível pelo simplismo e um tanto quanto esquizofrênica, a afirmação de que

em termos legislativos, não há o que se acrescentar. As normas legais já existentes atendem plenamente ao objetivo de estabelecimento de um controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. A sua implementação não se verifica em razão de ausência de normas regulamentadoras, dependendo exclusivamente de um posicionamento pró-ativo do próprio Ministério Público e dos Governos Estaduais⁸.

Não se criam fantasmas pelo gosto de combatê-los, tal como não se aponta a inércia legislativa do governo pelo gosto da crítica. A situação é evidente por si.

Fato é que diante da apatia e do desinteresse do legislador nacional em regulamentar efetiva e responsabilmente dito controle externo (na essência e na forma), a evolução dos poucos mecanismos jurídicos se realiza lentamente sob o influxo de forças centrífugas, elementos inconscientes e

⁸ SOUZA, 2001, p. 10. Ainda bem que a doutrina realmente científica vislumbra o óbvio (insuficiência normativa): LOPES JUNIOR, 2005, p. 139; MAZZILLI, 1991, p. 22; MACAULAY, 2005, p. 03.

condições limitadoras, principalmente as de caráter corporativo e antagônico⁹. Há poucos pontos onde assentar o pé e alavancar um controle externo eficiente para conter os abusos policiais vistos e noticiados hora a hora, dia a dia. Os atuais diques erguidos contra os abusos policíacos são muito frágeis e, até considerando as constelações políticas que envolvem a matéria, propositalmente frágeis.

Há claramente, numa análise franca e honesta, uma ignorância e cabal falta de interesse do governo federal no desempenho do sistema de justiça criminal local, evidenciado pela qualidade extremamente pobre (quando não, pela total inexistência) de sua base de dados em várias áreas relevantes: taxas de homicídio, vitimização, encarceramento, mortes sob custódia policial, mortes de civis pela polícia etc (MACAULAY, 2005, p. 23). O primeiro relatório do Brasil sobre a tortura nas Nações Unidas, uma obrigação, nos termos de uma Convenção internacional, foi submetido após 10 anos de atraso, e só então em resposta à criação de uma campanha por grupos nacionais e internacionais de direitos humanos.

Mas em relação, especificamente, à inércia legislativa ou regulamentadora, ela constitui uma primeira cunha cravada na função de controle e faz do controle externo uma equação schmittiana de dominação/submissão, por cima/por baixo, amigo/inimigo, levando a um vil confronto corporativo com pouco proveito aos altos interesses públicos em jogo na matéria¹⁰. Reproduz-se, no âmbito das corporações, o individualismo possessivo hobbesiano em que todo indivíduo procura sempre

⁹ Esse antagonismo corporativo das polícias em relação ao controle externo é destacado na doutrina: SOUZA, 2001, p. 10; MACAULAY, 2005, p. 21.

¹⁰ Da mesma forma que, para Isaac Newton, a maçã que caía da árvore não era uma simples maçã, mas a expressão da lei da gravidade, o controle (externo) das ações policiais não é um simples enfrentamento corporativo e irracional, mas a expressão genuína de uma necessidade (e de um desejo) social: garantia dos direitos fundamentais contra qualquer violação. Merece, portanto, maior atenção dos dirigentes políticos.

ter maior poder sobre os outros. O ambiente é antropofágico, de competição, de enfrentamento, de hostilidade declarada ou de resistência passiva sob um evangelho de desconfiança e ressentimento. A polícia vê os promotores como “burocratas que não querem sujar as mãos” (MACAULAY, 2005, p. 21), enquanto os promotores veem a polícia como “corrupta e incompetente”.

Existem casos anedóticos sobre a feroz resistência da polícia ao controle do MP, principalmente por setores policiais mais ligados à violência, extorsão, corrupção e atividade criminal. Em outubro de 1998, promotores de uma unidade especializada foram alertados por um prisioneiro sobre uma sessão de tortura em andamento em uma delegacia de furtos e roubos, na cidade de Belo Horizonte. A polícia tentou impedir a entrada dos promotores na delegacia e quando da saída vandalizaram os carros oficiais sob vaias.

Quando as relações não são hostis, a ineficiência do Ministério Público no exercício do controle explica-se por uma dinâmica ou estratégia de captura (*capture theory*) ou de cooptação. Por essa estratégia, os setores controlados subvertem o zelo e a eficiência do órgão controlador. Pela proximidade de objetivos institucionais (apuração de crimes, preservação da ordem pública, prevenção da criminalidade), MP e polícia são postos na contingência de cooperar e, pelo contato frequente, acabam compartilhando valores. Isto pode levar a uma vinculação promíscua entre o controlador e o controlado com comprometimento da independência do controlador e distorção das finalidades.

Como desdobramento dessa estratégia de captura, a polícia, através de seus órgãos colegiados, edita resoluções e atos normativos internos regulando a forma do controle externo e até os seus limites. Isso, muitas vezes, obriga o Ministério Público a buscar a garantia de suas prerrogativas institucionais

na justiça, cujos resultados incertos e tardios comprometem a eficiência fiscalizatória.

O antagonismo corporativo levantado pelas polícias e seus órgãos de classe, alimentado por uma cultura que vê a polícia como um universo jurídico paralelo, termina por influenciar a dinâmica do controle externo que, por essência, deve ser objetivo, rigoroso e eficiente, passa a ser tímido, manemolente e ineficiente, tudo pelo receio patético de ferir suscetibilidades policíacas (um claro desdobramento da “teoria da captura”), como sugere a seguinte passagem de Sarabando (1997, p. 54):

Determinar, ordenar, exigir e outros verbos semelhantes não devem ser utilizados no dia-a-dia do membro do Ministério Público, pois significam poder disciplinar do signatário da determinação (ou ordem etc) sobre o destinatário da mesma, e, exceto em casos especiais relativos ao pessoal administrativo de apoio (funcionários), são tão impróprios como arrogantes.

Parece vigorar o costume nas fileiras ministeriais do acolhimento ou eficiência funcional depender do fato de uma autoridade exógena “prestigiar ou não o Ministério Público” (SARABANDO, 1997, p. 61), como se a instituição fosse um corpo estranho no concerto democrático de órgãos e instituições públicas, e só por deferência tivesse sua atuação reconhecida e obedecida. Isso explica, em parte, esse sentimento reverencial, receoso e ambíguo de ofender as suscetibilidades de outros agentes públicos quando no desempenho, *sic et simpliciter*, de atribuições conferidas pela Constituição e avalizadas pela lei.

É princípio radical e milenar do Direito, moeda corrente entre os antigos jurisconsultos romanos, que quem faz uso de direito próprio, não injuria ninguém (“*qui iure suo utitur neminem facit injuriam*”). Se a uma instituição jurídica é conferida uma função controladora sobre outra, dispondo de um arsenal de mecanismos jurídicos (ainda que minimalista), ao fazer uso

dela (função) dentro de suas prerrogativas constitucionais e legais não ofende e nem injuria a ninguém. A aplicação do Direito, isenta de conveniências e respeitos subalternos, deve elevar-se, pela independência e pela franqueza, à altura das responsabilidades impostas pela Constituição. A lei não é um aspecto contingente da vida social que possa sofrer nuanças em sua aplicação, dependendo a quem se aplica. Que agravo há em fazer cumprir a lei usando de suas fórmulas verbais? Que ofensa pode existir em dirigir a autoridades públicas o que vai lançado no corpo da lei? Ninguém se lembra de qualificar um juiz de “arrogante” ou de “prepotente”, quando no exercício silogístico de cumprimento da lei, “determina” ou “requisita” qualquer providência. Essa atitude de estigmatizar o cumprimento da lei como “arrogância institucional” configura um preconceito não criticado ou inadequadamente analisado. Não nos parece seja esse o propósito do constituinte originário ou do Ministério Público, através de seus agentes. Ao contrário, o sentimento foi de fortalecer a democracia e garantir os direitos fundamentais do cidadão. Se o estofo mental de alguns é constituído por disposições corporativas ou de puro antagonismo, como a querer conservar ou alargar uma bomba de prestígio, isso não pode ser atribuído ao esquema institucional ou à estrutura normativa do ordenamento jurídico.

A literatura emocional¹¹ existente sobre a matéria é grande, mas a análise objetiva e lógica, guiada pelos verdadeiros interesses, é muito reduzida. Sobre tais bases, essa produção doutrinária pseudocientífica decompõe e atomiza, e somente as árvores, e não a floresta, são percebidas. Diferente seria, pelo menos em tese, se todos os direitos e deveres dos órgãos controlador e controlado estivessem claramente definidos num marco regulador federal.

¹¹ Essa doutrina se expressa, grandemente, através de clichês emocionalmente fixos. Esses estudiosos (normalmente, filiados a uma das duas instituições) são como cavaleiros atados aos cavalos. Não compreendem, objetivamente, a situação. Deixam-se arrastar por preconceitos corporativos.

Essa lacuna regulamentadora estende-se à própria atividade policial, pois segundo o art. 144, § 7, da CF, “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”. Sem se saber exatamente como devem funcionar os órgãos de segurança pública, quais procedimentos devem respeitar no exercício diário de suas funções, fica difícil exercer um controle efetivo. E por conta disso, os policiais continuam a desfrutar de grande latitude para operacionalizar as suas próprias interpretações de crime e castigo (MACAULAY, 2005, p. 23). Nesse vácuo, amplia-se a subjetividade e a informalidade policiais, inserindo-se a segunda cunha no controle.

O controle das polícias é alavancado sobre três pilares: transparência, fiscalização e responsabilidade. A transparência refere-se à existência de regras claras e critérios de desempenho, colocando a atividade funcional às claras para o público. Se não há um marco regulador sobre regras e critérios de desempenho policial os outros dois pilares do controle externo são, claramente, afetados. Querer, portanto, criar um controle efetivo sem esses marcos reguladores (transparência versus roteiro do controle) é construir sobre o absurdo.

Na jurisprudência (a terceira cunha), o cenário não é muito diferente. Há inúmeras ações casuísticas sobre a matéria sempre sob um viés corporativo e a maioria não chega sequer a apreciar o mérito. Neste ponto também, a jurisprudência nacional pouco contribui ao esclarecimento dos rumos do controle externo com a fixação de marcos balizadores.

O que parece necessário, nesse ambiente alegadamente maniqueísta, é que a determinação para o “mal” seja enfrentada por uma determinação igualmente organizada e ativa para o “bem”; e que seja a tradicional vocação policial para o abuso contida por forças especialmente organizadas para a contenção. Mas os elementos “estruturador”, “regulador” e

“homogeneizador” encontram-se ausentes. E por conta disso, principalmente, ignora-se os pontos de partida e de chegada de um controle das ações policiais.

O controle externo das ações policiais, obviamente, não é para ser exercido em regime de concorrência mas em clima de cooperação, com predomínio das lealdades funcionais em prejuízo das lealdades simplesmente corporativas. A democracia correlaciona o comportamento dos diversos órgãos públicos dentro de um sistema cooperativo do melhor quilate, tendo por base certa unanimidade de interesses. A existência desse sistema cooperativo é o teste crítico da existência de um sistema democrático. Isso parece muito claro entre os especialistas na matéria. Portanto, o objetivo desse controle é melhorar o serviço policial, atraindo respaldo social, e não expor suas mazelas, ampliando ainda mais a desconfiança e a antipatia públicas. Se um sistema político fosse definido, de modo absurdo, para significar o direito de toda instituição (ou corporação) de fazer o que deseja sem um controle efetivo, então não teríamos uma democracia constitucional, mas uma democracia corporativa. E a sociedade seria refém dos múltiplos e variáveis interesses grupistas ou corporativos, sem qualquer ponto de contato com o interesse geral ou público.

Que o poder conferido pelo controle externo deve ser em si neutro, não há dúvida. Mas não pode ser conivente, ambíguo ou temeroso, sob pena de ser malsucedido e desfigurar-se como controle. Desde quando um controle, que se quer efetivo, é exercido na defensiva e com medidas verbais? O poder, numa democracia constitucional, não é uma questão de negociação e barganha, mas de exercício efetivo desde que encontre respaldo nas normas legais e constitucionais. Não podemos esquecer que lei é violência, e mesmo a tolerância mais elástica acaba na imposição da lei, pois do contrário não teríamos um Estado de Direito. Mas também é fato irretocável que nem todo controle se faz pela simples força ou imposição – podendo “esmagar o

relógio do que consertá-lo”, provocando antes antagonismo e contraforça. A persuasão, a cooperação e a estratégia também têm seu valor nesse mercado. Os mecanismos da instituição controladora devem ser aptos tanto a sustentar eventual conflito e discordância como para sustentarem a legitimidade e o consenso.

Diante dessas variáveis parkinsonianas, o que era para ser um controle passa a ser um descontrole da atividade policial (um paradoxal “controle descontrolado”¹²), por conta, também, de uma esperteza tradicional da classe política brasileira: define os fins, mas não fornece os meios. Põe um fardo nas costas de uma instituição e fica na expectativa da ineficiência na sua execução. Com esse “controle descontrolado”, o Ministério Público, para usar uma imagem de Veblen (1998, p. 118), assemelha-se a um novilho mocho jogado no meio de rebanho de gado bem provido de chifres. Na folha de papel da Constituição o controle externo da atividade policial está inscrito em letras garrafais, mas nas relações objetivas de poder tudo continua como sempre foi desde os tempos de Tobias Barreto que dizia: “Do meu país só conheço duas coisas: o exator que me cobra os impostos e o soldado que me mete medo na rua – estou satisfeito!”.

Perante esse “controle descontrolado” perde sentido a discussão travada na doutrina se o controle externo é anterior à Constituição de 1988 ou surge com ela. É uma discussão bizantina, pura perda de tempo. Na verdade, efetivamente, esse controle nunca existiu nem antes nem com a Constituição atual. O órgão controlador resigna-se a “fingir que fiscaliza ou controla”; quando muito, exerce uma fiscalização reativa, fragmentária e assistemática (CORSINI, 2012, p. 63), em tudo e por tudo, insuficiente. Como já dissemos, na linha do pensamento de Ferdinand Lassale, os fatores reais do poder podem ser inscritos numa Constituição e incorporados no

¹² Sobre o fracasso do “police oversight” no Brasil, vide Macaulay, 2005.

papel, mas o contrário, a folha de papel de uma Constituição não pode, por si só, constituir um fator real de poder. Na ausência de certos pré-requisitos sociais (ou “poliárquicos”, na visão de R. A. Dahl) a previsão constitucional não pode garantir a liberdade e o equilíbrio entre as instituições.

Assim, como acertadamente destaca Fiona Macaulay (2005, p. 18), pelo menos no papel, o Ministério Público é uma agência extremamente poderosa no monitoramento e controle da polícia. No entanto, apesar do otimismo desses poderes de jure criado na comunidade dos direitos humanos, os resultados têm sido muito decepcionantes até o momento. Em contraste com o desempenho forte e pró-ativo do Ministério Público em outras áreas de sua competência, principalmente no combate à corrupção política e à improbidade na Administração Pública, a instituição tem falhado em exercer um controle consistente e firme sobre a polícia, principalmente em coibir abusos graves dos direitos humanos.

Não há dúvida de que os meios condicionam os fins (CATLIN, 1964, p. 75), ou seja, se os mecanismos jurídicos colocados à disposição do Ministério Público são escassos e de pouca efetividade prática, obviamente que os fins (de prevenção, controle e responsabilização dos abusos policiais) não serão alcançados na extensão, profundidade e agilidade desejadas pela sociedade. Os fins só podem ser realizados por uma determinada estrutura de meios.

Por outro lado, o sistema jurídico é um sistema lógico. Logo, se uma norma constitucional delega determinada atribuição a um órgão estatal, pressupõe a *realizabilidade* de tal tarefa, adequando-se à lógica do sistema e integrando-o validamente. Enfim, um dever objetivo implica evidentemente o poder de cumpri-lo (dever-poder); quando a norma faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos, honestos e razoáveis.

Não devemos esquecer também que a vontade do legislador ou do constituinte não é uma vontade desvinculada (incondicionada), um mero arbítrio. Os comandos do Direito têm as suas raízes nas chamadas *normas de valoração*, eles fundamentam-se em valorações, em aprovações e desaprovações. Todo comando jurídico já pressupõe, necessariamente, o juízo de que aquilo exigido tem um valor próprio, particular e, por isso mesmo, pode ser executado. Assim, quem exige e determina alguma coisa, fá-lo na pressuposição da capacidade do ente de se desincumbir da tarefa, detendo os poderes para tanto ou estando em condições de fazê-lo. Isso implica que o Direito é o produto de ponderações racionais.

As constituições dirigentes contemporâneas trazem uma vasta estrutura de normas diretivas e programáticas que, além de instrumentos de limitação do poder do Estado, visam alcançar, através do Direito, a mudança da sociedade. É a crença de que o legislador (ou o constituinte originário ou derivado) pode, através de antecipação espiritual, conformar a evolução da sociedade e formular os fins que devem pautar esta evolução.

Mas a função de garantia do Direito, ou seja, o Direito como limite do próprio Direito e como instrumento de mudança da sociedade, para existir é necessário que as instituições jurídicas revejam seu papel e seu vínculo com a lei, e que seja redimensionado o papel da ciência jurídica, deixando de ser meramente descritiva e passando a ser crítica em relação a seu objeto.

À medida que a forma democrática se aperfeiçoa, aprofunda-se a noção de que a democracia não se reduz ao sistema representativo e a eleições livres e competitivas, mas deve ser traduzida em instituições capazes de garantir o Estado de Direito. O destino da democracia moderna depende, em grande medida, de uma organização sistemática de todas essas

instituições de controle. A democracia sem controle é, a longo prazo, impossível. A verdadeira garantia constitucional está na organização dos poderes públicos, na contenção do exercício do poder conferido a cada um, gizado de tal sorte, pela Constituição e pelas leis, que cada um deles encontre na sua ação freios capazes de detê-lo, de constrangê-lo a permanecer nos lindes legítimos traçados e, segundo os casos, de moderá-lo, de eliminá-lo, de proteger o cidadão contra os arbítrios, as precipitações, os abusos e reparar-lhe os agravos sofridos.

O próprio Ministério Público, enquanto instituição estatal, também está, ele próprio, sujeito a um sistema de controle externo, seja na investidura ou na destituição do Procurador-Geral, seja nas suas atividades-fim, seja até mesmo nas suas atividades-meio (MAZZILLI, 1991, p. 19), através do Conselho Nacional do Ministério Público. Sujeita-se ainda ao sistema comum de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. À vista desse elaborado e recíproco sistema de fiscalização, seja financeiro, seja até mesmo finalístico, não se justificaria, mesmo, que a um semelhante sistema de controle ficasse imune a importante atividade policial.

5 Conclusão

A grande questão em relação ao controle externo das polícias que desafia uma resposta convincente é: por que a sociedade brasileira tolera os constantes abusos policiais e desastrosas políticas de segurança pública que potencializam esses abusos e as violações dos direitos fundamentais? E como o abuso policial, sendo uma onerosa restrição da liberdade e da dignidade humana, ainda se mantém como prática banal? A resposta nos parece bastante simples pela dedução dos fatos da vida social: qualquer sociedade prefere o exercício do poder que

lhe assegure um mínimo de segurança, ao caos, à desordem, à anarquia, à vulnerabilidade social e à insegurança da existência. Isso porque para a sociedade humana, assim como para os indivíduos que a compõem, a primeira necessidade, o instinto soberano, consiste em viver. Sob o exercício de um poder abusivo mas constante e presente, a sociedade pode viver; sob a insegurança completa e a anarquia, tal não é possível. Para sobreviver com relativa tranquilidade e segurança, a sociedade embrutece e chega a sacrificar parcela de sua liberdade e dignidade¹³.

Temos, então, um cidadão meio livre e meio seguro; refém do medo bífido: da polícia e dos bandidos que, por vezes, chegam a se confundir. Isso não nos parece, minimamente, admissível num meio político democrático cujo núcleo vital e pulsante é a dignidade da pessoa humana. Não há meio termo entre a liberdade e a segurança; ou se é livre ou não. Os direitos e as garantias não podem ser atribuídos como migalhas, como um favor mesquinho feito pelo Estado que, eventualmente, possa ceder ao obscuro universo paralelo da polícia. Por conta disso, o cidadão segue amesquinhado e rebaixado em sua condição humana e social: uma espécie de cidadão pela metade, mero “sistema semovente de matéria” (numa estrita visão hobbesiana).

O “homem da rua” quer segurança e, nesta expectativa, exige atuação eficiente dos órgãos policiais, mesmo que o preço por isso seja fazer vistas grossas aos abusos praticados. Em situações limites como a que vivemos, num meio social atomizado (pela desintegração das redes de laços sociais) e amedrontado, o desejo de liberdade cede o passo à ânsia desesperada por segurança. O medo vence a dignidade e supera

¹³ Mas esse é, paradoxalmente, um panorama típico de sociedades exauridas pela anarquia, como diz Ruy Barbosa (1931, p. 15), que se refugiam na ditadura de um braço armado capaz de esmagar a desordem, restabelecer a segurança, proteger as vidas e abrir lugar ao trabalho.

a prudência; e condutas violentas, truculentas, arbitrárias acabam sendo banalizadas e aceitas passivamente por cidadãos temerosos de serem a próxima vítima. Isso nos leva a aceitar como verdade irrefutável a grave acusação de que o combate ao crime no Brasil não é sinônimo de aplicação da lei. É um custo político e social cruel. Percorre-se uma estrada que leva a um beco sem saída. Tudo parece se resumir numa imagem criada por Ray Surette (1992, p. 55): um rebanho de “cidadãos-cordeiros” protegidos dos “delinquentes-lobos” por “polícias-cães-pastor”.

Num cenário de medo coletivo a invocação de direitos e liberdades fundamentais no combate ao crime soa como ingenuidade e teimosia de teóricos, ao passo que o vocabulário conservador, timbrado pela “reação demais (e imediata)” e “reflexão de menos”, adapta-se perfeitamente ao tema em tais circunstâncias. As comunidades transformam-se em multidões irracionais e reivindicativas. Perde terreno o aspecto mais profundo do “eu”, predominam as reações superficiais e entra em cena o propagandista para aproveitar-se habilmente da situação (MANNHEIM, 1960, p. 79). O estado mental produzido por essas condições dá origem a suscetibilidades que conduzem ao pânico, desespero e atrocidades.

De outro lado, as instituições e os órgãos de segurança pública carregam o fardo incômodo de um passado autoritário e arbitrário que se converte numa herança maldita a impregnar as novas estruturas inseridas num contexto político e social distinto. Obrigados a lidar com esse peso atávico (e outros atuais como: mal aparelhamento, deficiente e inadequada instrução profissional etc.) e ainda preocupados em “construir uma imagem”¹⁴ compatível com as expectativas de eficiência e moralidade democráticas, os aparelhos policiais buscam

¹⁴ Óbvio que a “construção dessa imagem” não se prende a um ideal democrático, mas principalmente corporativo e institucional com finalidades mais triviais como “pleitear mais recursos ou verbas orçamentárias”.

“bodes expiatórios”, a cada crime, um culpado (sob o lema da “luta contra o crime” ou “combate ao crime”, de ranço nitidamente militar) a qualquer preço, mesmo usurpando terreno à liberdade e esbulhando os direitos fundamentais de cidadãos inocentes. Chega a ser uma política institucionalizada de violência policial¹⁵, com políticos defendendo um arrevesado “princípio de autoridade” ou pregando a máxima de que “bandido bom, é bandido morto”.

Domina uma lógica utilitarista que vê métodos violentos como um mal necessário na luta contra a crescente onda de crime, violência e tráfico de drogas. É o chamado “policimento de resultados” (MACAULAY, 2005, p. 23) que opera fora dos limites da legalidade e exerce uma forte atração sobre os políticos que têm pavor de parecerem “suaves com o crime”, embora exista forte evidência de que essa forma de policiamento extralegal frequentemente acaba contribuindo com a atividade criminosa, em vez de combatê-la.

Não se pode compreender, e foge mesmo à simples lógica dos fatos, como instituições criadas por nós não representam segurança e proteção. Naturalmente, por conta disso, passamos a ver em toda parte más intenções, culpados, crimes e desígnios criminosos. O poder policial, em especial, passa a ser visto com desconfiança e ao invés de sugerir cooperação, acaba por engendrar repulsa e antipatia.

Mas, acima de tudo, há um custo muito alto que a sociedade paga pelo fracasso institucional em controlar o comportamento policial. Aconselhadas pelo medo e pela desconfiança, as pessoas tendem a tomar a lei em suas próprias mãos (daí surgem as milícias, os grupos justiceiros, o vigilantismo etc.) ou adotar medidas dispendiosas (e, muitas vezes, ineficientes) de segurança privada.

¹⁵ É interessante observar o título de um ensaio de Ronald E. Ahnen, “The Politics of Police Violence in Democratic Brazil” (A política da violência policial no Brasil democrático), *Latin American Politics and Society*, v. 49, n. 1, p. 141, 2007.

Panorama over the control of police actions in Brazil

Abstract: Brazil presents four mechanisms of control or supervision of the police: military tribunals, internal affairs, ombudsmen and prosecutors. The system is a chain in which the inter-institutional relations are conflicting and uncoordinated, contributing to a general failure of accountability of the police. In this context, the prosecutor has the broader assignments, in theory, control and monitoring of the police. But not fully exercise these powers because of institutional conflicts and lack of regulation of this area.

Keywords: Police. Prosecutors. External control.

Referências

AHNEN, Ronald E. The politics of police violence in democratic Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 49, n. 1, p. 141-164, 2007.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 10. ed. São Paulo: Globo, 1996.

BARBOSA, Ruy. *Ruínas de um governo*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1931.

CATLIN, George E. Gordon. *Tratado de política*. Tradução de Waltensir Dutra, Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

CORSINI, José Eduardo Coelho. A atividade de inteligência e seu controle externo como princípio de legitimação democrática. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre n. 71, p. 53-68, 2012.

DAHL, Robert A. *La democracia – una guía para los ciudadanos*. Tradução de Fernando Vallespín. Madrid: Taurus, 1998.

DROMI, José Roberto. *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Madrid: Gronz, 1976.

DUVERGER, Maurice. *As modernas tecnodemocracias: poder*

econômico e poder político. Tradução de Max da Costa Santos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1975.

FRIEDRICH, Carl J. *Uma introdução à teoria política*. Tradução de Leônidas Xausa e Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

GINSBERG, Morris. *Ensayos de sociología y filosofía social*. Tradução de Adolfo Mailló. Madrid: Aguilar, 1961.

GUIZOT, François. *De la democracia en Francia*. Tradução de Dalmacio Negro Pavón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1981.

LASKI, Harold J. *El Estado moderno*. Tomo I. Tradução de Teodoro González García. Barcelona: Bosch, 1932.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACAULAY, Fiona. *Problems of police oversight in Brazil*. University of Oxford: Centre for Brazilian Studies. Working Paper CBS-33-02, 2005.

MANNHEIM, Karl. *Libertad, poder y planificación democrática*. Tradução de Manuel Durán Gili. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O controle externo da atividade policial. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 154, p. 18-25, 1991.

ORTEGA Y GASSET, José. *A rebelião das massas*. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

PRÉLOT, Marcel. A ciência política actual. Tradução de Jonas Negalha. Amadora (Portugal): Livraria Bertrand, 1974.

SABELLA, Walter Paulo. Atividade policial: controle externo pelo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 53, n. 154, p. 09-17, 1991.

SARABANDO, José Fernandes Marreiros. O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo v. 59, n. 177, p. 46-65, 1997.

SIMON, Yves. *Filosofia do governo democrático*. Tradução de Edgard Godói da Mata-Machado. Rio de Janeiro: Agir, 1955.

SOUZA, João Ricardo Carvalho de Souza. *Controle externo da atividade policial*. Câmara dos Deputados, 2001 Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2488/control_e_policial_souza.pdf?sequence=1>. Acesso em: 1 jan. 2014.

SPITZ, David. On the abuses of power in democratic states. *Midwest Journal of Political Science*, v. 1, n. 3/4, p. 225-232, 1957.

SURETTE, Ray. *Media, crime and criminal justice*. Florence/KY: Brooks/Cole, 1992.

VEBLER, Thorstein. *A Teoria da classe ociosa*. Tradução de Olívia Krahenbuhl. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

Qual a Função do Direito Penal? O crime como lesão da possibilidade de livre disposição de uma relação

*Felipe Augusto Fonseca Viana**

Sumário: 1 Introdução. 2 Funções atribuídas ao Direito Penal. 2.1 A função de proteção de valores ético-sociais de Hans Welzel. 2.2 A função de estabilização das expectativas normativas e proteção da vigência das normas de Günther Jakobs. 2.3 A função de proteção de bens jurídicos. 3 A insuficiência das teorias das funções atribuídas ao Direito Penal para demarcar os limites entre a liberdade individual e a intervenção jurídico-penal do Estado. 4 Premissas políticas e jusfilosóficas para o trato da função do Direito Penal. 5 A função declarativa do Direito Penal e a noção de bem jurídico de Marco Antônio Santos Reis. 6 O crime como lesão da possibilidade de livre disposição de uma relação. 7 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo trata da função que deve ser atribuída ao Direito Penal. Nessa linha, problematiza-se o tema com a seguinte indagação: as funções normalmente atribuídas ao Direito Penal pela doutrina são suficientes para demarcar os limites entre a liberdade individual e a intervenção jurídico-penal do Estado? Após realizar uma análise preliminar acerca das funções tradicionalmente atribuídas pela doutrina ao Direito Penal, o artigo instaura uma discussão sobre o tema, apontando a necessidade de se entender o Direito Penal como

* Mestrando em Criminal Justice pela *California Coast University*. Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Ex-Advogado. Agente Técnico Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas, lotado na 60ª Promotoria de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial – PROCEAP.

forma de declarar, primeiramente, os limites do exercício das diversas liberdades coexistentes e, em caso de conflito, declarar a existência de desrespeito a uma dessas liberdades e atribuir a responsabilidade cabível a quem violou a liberdade alheia. Ademais, o artigo comporta um referencial teórico pautado na mais moderna doutrina do Direito Penal, segue as diretrizes do método dedutivo e como técnica de coleta de dados, utiliza a pesquisa bibliográfica. É um artigo de revisão.

Palavras-chave: Função. Direito Penal. Crime. Bem jurídico. Livre disposição de uma relação.

1 Introdução

O estudo do Direito Penal, geralmente, começa pelo primeiro artigo do Código Penal ou, quando muito, por uma sucinta exposição acerca da natureza e tipos de norma penal. Este, entretanto, deve ser considerado um itinerário ruim, pois já parte de uma série de premissas que de forma alguma estão bem consolidadas, mas que são cruciais para todo e qualquer aspecto do Direito Penal em si.

Quando se fala em Direito Penal, não se fala tão só dos artigos do Código Penal, das leis extravagantes penais e tampouco de pena. Fala-se, em verdade, do conjunto de teorias ou saber que tem por escopo decidir se determinado fato ou conduta pode ser atribuída a determinada pessoa a título de responsabilidade penal. Noutras palavras, quando se fala em Direito Penal, deve-se ter em mente um saber jurídico-político que define sob quais pressupostos atribui-se a uma pessoa a prática de um delito e como o Estado-Juiz deve responder a esta atribuição.

Por esta razão, todo estudo do Direito Penal deve começar com uma pergunta aparentemente simples: qual a função que o Direito Penal deve exercer? Qual é a razão de ser do Direito Penal?

Ao se explicar as funções tradicionalmente atribuídas pela doutrina ao Direito Penal e demonstrar sua insuficiência para demarcar os limites entre a liberdade individual e a intervenção jurídico-penal do Estado, justificar-se-á a imprescindibilidade de se entender o Direito Penal como tendo a finalidade de declarar os limites de exercício das diversas liberdades coexistentes (declaração das esferas do proibido e do permitido) e, em caso de conflito, declarar a existência de desrespeito a uma dessas liberdades e atribuir a alguém a responsabilidade por uma lesão qualificada, voluntária e consciente da possibilidade de livre disposição de uma relação universal e pessoal-intransitiva entre um sujeito e suas condições substanciais e individuais de existência.

Ao final, cumpre dizer que o presente artigo faz uma revisão de literatura com base no método de abordagem dedutivo, utiliza como técnica de coleta de dados a pesquisa bibliográfica a partir de documentos como livros, manuais, códigos e periódicos, que, proporcionando um novo enfoque sobre o tema, serviram de base para as conclusões do autor.

2 Funções atribuídas ao Direito Penal

O Direito Penal tem uma função? Qual é a sua razão de ser? Muitos já fizeram esta pergunta e, em razão dos limites impostos a este estudo, ver-se-á apenas algumas das respostas mais correntes.

2.1 A função de proteção de valores ético-sociais de Hans Welzel

“Es misión del derecho penal amparar los valores elementales de la vida de la comunidad.” (WELZEL, 1956, p. 1)¹. É com esta frase que o Mestre de Bonn resume sua ideia de função do Direito Penal.

Para Hans Welzel, a missão do Direito Penal é a proteção dos valores ético-sociais elementares do sentir (da ação). Para Welzel, tanto os valores da ação como os do resultado são relevantes para o Direito Penal. Entretanto, a origem das determinações ou proibições da norma penal é encontrada num axiomático dever incondicional transcendente e vinculado ao sentido que se deve dar à ação humana.

Ambas clases de valores tienen significación para el derecho penal. El derecho penal persigue, en primer lugar, amparar determinados bienes de la vida de la comunidad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (los llamados bienes jurídicos), determinando para su lesión consecuencias jurídicas (el disvalor del resultado). Esa tutela de los bienes jurídicos la obtiene prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la punición del disvalor del acto. Con ello asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de actos, tales como el respeto por la vida ajena, la salud, la libertad, la propiedad, etc. (WELZEL, 1956, p. 2, grifos

¹ Tradução livre: “É missão do Direito Penal proteger os valores elementares da vida da comunidade.”.

do original)²

A filosofia de Welzel é bem mais complexa e foge ao escopo deste trabalho, de forma que, para os fins agora propostos, basta dizer que, para ele, tais valores ético-sociais elementares tinham como pressupostos elementos relativos à pessoa, ao patrimônio, à família e ao Estado.

Esses valores, que radicam no pensamento jurídico permanentemente uma ideia de agir conforme o Direito, constituem o *substrato ético-social das normas de Direito Penal*; e o Direito Penal assegura a *observância desse substrato cominando* a pena para aqueles que se apartarem delas através de ações infieis, indisciplinadas, desonestas, desleais. Por isso, diz Welzel,

la misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano (1956, p. 3)³.

No essencial, essas são as ideias de Hans Welzel acerca da

² Tradução livre: “Ambos os tipos de valores têm significação para o direito penal. O direito penal visa, em primeiro lugar, proteger determinados bens da vida da comunidade, tais como a existência do estado, vida, saúde, liberdade, propriedade, etc. (os chamados bens jurídicos), determinando, para sua lesão, consequências jurídicas (o desvalor resultado). Essa tutela dos bens jurídicos se obtém proibindo e punindo ações que tendem a lesioná-los; i.e., evitando ou tentando evitar o desvalor do resultado com a punição do desvalor da ação. Com isso se assegura a vigência dos valores ético-sociais da ação, como o respeito pela vida das pessoas, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc.”.

³ Tradução livre: “A missão central do direito penal reside, então, em garantir a validade inviolável desses valores, mediante a ameaça e aplicação de pena a ações que se afastem de modo realmente ostensivo desses valores fundamentais no atuar humano”.

função do Direito Penal.

2.2 A função de estabilização das expectativas normativas e proteção da vigência das normas de Günther Jakobs

Para Günther Jakobs, a função do Direito Penal seria a *estabilização das expectativas normativas e a proteção da vigência das normas* (1996, p. 25 et seq.; 2003, p. 47 et seq.).

Jakobs explica que a constituição da sociedade tem lugar através de normas. A sociedade é a construção de um contexto de comunicação, e não da constatação de um estado, razão pela qual pode se configurar de qualquer modo. Assim, a identidade da sociedade se determina por meio de regras que devem reger esta configuração; tais regras são as normas (1996, p. 25-26).

Uma parte dessas normas já vem dada de antemão pelo mundo natural e não necessita de estabilização especial, já que se encontra assegurada de modo suficiente pela via cognitiva. Quem não as aceite, pode até ser entendido em certas partes marginais da sociedade, mas somente ali. Desta feita, por exemplo, as normas que regem as chuvas são dadas pelas ciências naturais, e não necessitam de estabilização; se alguém oferece serviços de bruxaria para que chova ou pratica a dança da chuva, não encontrará seguidores na sociedade moderna.

Outra parte das normas, sem embargo, carece de tal força genuína para se autoestabilizar; são todas as normas que, conforme a concepção de sociedade, não podem se apresentar como dadas previamente (como “leis naturais”), e sim apenas como normas feitas – ainda que feitas por uma boa razão. Enquanto as normas do primeiro tipo (“normas dadas de antemão”) conformam uma base de comportamento da qual não se pode escapar, sobre as normas de segundo tipo (“normas feitas”) cabe dispor subjetivamente. No exemplo de Jakobs,

...nadie puede querer seriamente comenzar la construcción de una casa por el primer piso, pero desde luego que se puede desear e incluso realizar una construcción en un lugar prohibido por el Derecho urbanístico (1996, p. 28)⁴.

Se o mundo natural não se comporta como o homem havia imaginado, o que acontece é que seu prognóstico estava equivocado: ele não conhecia de modo suficiente as leis da natureza. Imagine-se que algum praticante de *parkour* se julga apto a saltar de um prédio para o outro, mas, ao tentá-lo, não consegue atingir a distância desejada. Não importa se ele subestimou a complexidade da situação, se cometeu um erro de cálculo, tomou pouco impulso etc.; seja como for, ele deverá melhorar no futuro, e, caso sobreviva ao primeiro erro, na próxima ocasião tomará maiores cuidados para atingir o fim a que se propôs. Tais expectativas, cuja violação se processam através de uma melhora do material cognitivo – aprendendo algo –, se chamam *expectativas cognitivas*, para Jakobs (2003, p. 49).

Ocorre que as coisas não acontecem assim no mundo social. Na medida em que as pessoas se acham vinculadas através de normas, como acima apontado, se dirige a elas a expectativa de que sua conduta será conforme a norma (2003, p. 49). No caso de violação, essa *expectativa normativa* não é abandonada – ou seja, não se “aprende algo” –, e sim *se mantém essa expectativa*, apontando-se a conduta errônea do infrator como causa de sua violação (2003, p. 49-50). Veja-se, pois, que a mulher estuprada ao andar em uma rua escura à noite não se contentará apenas em ser mais precavida no futuro: ela certamente insistirá em seu direito a não ser estuprada,

⁴ Tradução livre: “ninguém pode querer, com seriedade, começar a construção de uma casa pelo o primeiro andar, mas é claro que se pode desejar e até mesmo fazer uma construção em um lugar proibido pelo direito urbanístico”.

identificará o estuprador como causa de violação da norma e exigirá que ele seja punido; dito de outro modo: exigirá *que se confirme sua expectativa normativa* a não ser vítima de estupro.

Neste diapasão, levando-se em conta que o delito é, sempre, uma quebra da *expectativa normativa*, um conflito em torno da configuração de sociedade (*rectius*: conflito com a norma), a pena também deve ser algo além de coação, de dor: deve ser uma resposta com o conteúdo de que o ataque do autor contra a estrutura normativa da sociedade não é determinante e que tal estrutura mantém suas configurações, sem qualquer alteração.

Dicho de otro modo: el autor afirma que el contenido comunicativo de su comportamiento es válido para ulteriores comunicaciones, pero la punición pone en claro que eso no es así. En un ejemplo: el homicida declara a través de su hecho —*sit venia verbo*— que matar es aceptable en sociedad, pero la pena significa que eso no es así. (JAKOBS, 2003, p. 51, grifos do original).⁵

Como se vê, para Jakobs, o Direito Penal teria a função de *garantir a vigência da norma*. Quando ocorre a infração de uma norma, é necessário demonstrar à sociedade que aquela norma continua a existir, mantendo a sua vigência, apesar da infração – caso contrário, abalada estaria a confiança na norma e sua função orientadora. A pena, pois, serve para demonstrar que a conduta do infrator não impede a manutenção da norma: enquanto o delito é negativo, fraudando a expectativa normativa, a pena é positiva, afirmando a vigência da norma ao negar sua infração. Jakobs assim resume seu pensamento:

⁵ Tradução livre: “Em outras palavras: o autor afirma que o conteúdo comunicativo do seu comportamento é válido para comunicações posteriores, mas a punição deixa claro que isso não é assim. Em um exemplo: o assassino afirma através do seu fato - *sit venia verbo* - que matar é aceitável na sociedade, mas a pena significa que isso não é assim.”.

El significado puramente jurídico de la pena es la contradicción contra la infracción de la norma [...] El bien estar de las personas se ve lesionado por el hecho en la medida en que el autor pone en riesgo el aseguramiento cognitivo, que también en el ámbito de las expectativas normativas siempre resulta necesario. Para resarcir ese daño, al autor se le impone un dolor, de modo que el hecho se entiende de modo generalizado como alternativa de conducta que no merece ser tomada en consideración — prevención general positiva. (2003, p. 71-72)⁶.

2.3 A Função de Proteção de Bens Jurídicos

A doutrina majoritária vê como missão do direito penal a “proteção de bens jurídicos”.⁷

Pode-se conceituar o bem jurídico como sendo a expressão de um interesse, da pessoa ou comunidade, na manutenção ou integridade de certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso (DIAS, 1999, p. 63). A função do Direito Penal seria, pois, através da ameaça de pena, a proteção de tais

⁶ Tradução livre: “O significado puramente jurídico da pena é a contradição contra a violação da norma [...] O bem-estar das pessoas é violado pelo ato, na medida em que o autor põe em risco a certeza cognitiva, que também no campo das expectativas normativas é sempre necessária. Para compensar o dano, ao autor se impõe uma dor, de forma que o fato seja amplamente entendido como um modo alternativo de conduta que não merece ser levado em consideração - prevenção geral positiva.”.

⁷ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. fundamentos. la estructura de la teoría del delito*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 49 et seq.; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61 et seq.; MIR PUIG, Santiago. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994. p. 159 et seq. Para maior exposição da teoria, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. “Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 14, p. 214-259, 2013.

interesses.

A teoria do bem jurídico encerra um conjunto de proposições de relevância dogmática, no que diz respeito a aspectos metodológico-interpretativos e sistemático-classificatórios, e de relevância político-criminal ao saber do Direito Penal.

Assim, sob a perspectiva dogmática, o bem jurídico representa a existência de um interesse ou de um estado de coisas reconhecido como valoroso pela norma. Então, toda norma penal se refere a um interesse valoroso e digno de proteção: a norma penal que proíbe o homicídio quer proteger a vida; a que proíbe o furto quer proteger o patrimônio etc.

Sob uma perspectiva sistemática, o bem jurídico representa uma coleção e ordenação dos objetos dados. Tal se materializa nas partes especiais dos códigos penais, classificadas conforme a espécie de bem jurídico tutelado pela norma ou ameaçado pela conduta criminosa⁸.

Numa visão metodológico-interpretativa, o bem jurídico serve de ponto de referência à interpretação de um tipo penal. Como relembra Noronha:

A classificação sistemática dos delitos é um dos mais sólidos elementos que pode contar a hermenêutica. Sem ela, o intérprete mover-se-ia com indecisão e incerteza, na busca do bem tutelado... (1991, p. 6).

Ainda inserido neste viés, Nilo Batista faz referência às funções sistemático-classificatória (o bem jurídico como princípio fundamentador do sistema penal e critério de agrupamento de crimes na parte especial do código), exegética (o bem jurídico como instrumento metodológico na interpretação

⁸ “Dos critérios aventados para a classificação dos crimes, é o do *bem-interesse* tutelado o melhor.” (NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v. 2. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 6, grifos do original).

de normas penais) e dogmática (no que tange à teoria do delito em si, como, por exemplo, na definição de resultado, tentativa, dano e perigo) do bem jurídico (2007, p. 96).

Por outro lado, o ponto de vista político-criminal do conceito de bem jurídico encerra um modelo ou método a ser seguido para que uma incriminação seja legítima. Tal poderia ser resumido na fórmula “não existe norma proibitiva penal legítima sem um bem jurídico legítimo preexistente”. Trata-se, destarte, de uma função negativa ou de exclusão do bem jurídico, que passa a significar uma condição necessária para toda a incriminação (ROXIN, 1997, p. 52 et seq.). Nas palavras de Santiago Mir Puig: “Se hace hincapié en la exigencia de que el Derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos” (1994, p. 159)⁹.

É também neste contexto que se fala em um conceito de bem jurídico crítico ao sistema, o qual, para além da mera função interpretativa e dogmática, propõe-se a interagir com a lei penal e permitir um controle das opções legislativas através de critérios mais ou menos abrangentes quanto aos objetos de proteção escolhidos pelo legislador (BATISTA, 2007, p. 96).

Portanto, a função de proteção a bens jurídicos imputada ao Direito Penal institui um critério ao legislador para a identificação de condutas incrimináveis de acordo com a proposição: um comportamento só pode ser criminalizado se ele afetar bens jurídicos.

3 A insuficiência das teorias das funções atribuídas ao Direito Penal para demarcar os limites entre a liberdade individual e a intervenção jurídico-penal do Estado

Várias outras funções foram, no decorrer da história,

⁹ Tradução livre: “Enfatiza-se na exigência de que o direito penal puna unicamente ataques a bens jurídicos.”

atribuídas ao Direito Penal, inclusive por doutrinadores de escol. O recém-falecido Winfried Hassemer, professor da Universidade de Frankfurt e membro do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG, o Tribunal Constitucional Alemão), via como função do Direito Penal a formalização do controle social, eis que ele anuncia de forma escrita, pública e a mais justa possível, antes que a divergência singular da norma seja praticada, qual o comportamento será tido por criminoso e como será a reação a tal comportamento (2007, p. 212 et seq.). Eugenio Raúl Zaffaroni, Ministro da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* e professor da Universidade de Buenos Aires, a seu turno, entende ser função do Direito Penal a redução do poder punitivo do Estado, eis que ele serve à contenção do Estado de Polícia que sempre existe dentro dos Estados de Direito, pelo reforço do poder de decisão das agências jurídicas (2003, p. 94 et seq.).

Entretanto, em que pese a autoridade de tais doutrinadores e de tantos outros, como já se disse, não será aqui possível se debruçar sobre todas essas teorias, de forma que se optou por escolher aquelas que possuem maior relevância histórica e difusão na academia.

Assim, expostas as principais funções atribuídas pela doutrina ao Direito Penal, é hora de perquirir se são elas suficientes para demarcar os limites que ele deve respeitar.

Isto porque, quando se fala em uma teoria que busca a explicar a função de um ramo tão violento do Direito como é o Direito Penal¹⁰, a teoria que se propõe deve dar conta de três tarefas principais.

Em primeiro lugar, é necessário desenvolver uma teoria que *imponha limites intransponíveis ao legislador*.

¹⁰ Como lembra Claus Roxin, “...el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano...” (*Derecho penal*, op. cit., 1997, p. 65). Tradução livre: “...o Direito penal possibilita a mais dura de todas as intromissões estatais na liberdade do cidadão”.

Em segundo lugar, é indispensável que tal formulação teórica *abrace a noção de dignidade da pessoa humana*, identificada com um *mínimo de autonomia individual e moral*, o que nos fornece um argumento de base teleológica, sem o qual o Direito viveria tão só de considerações consequencialistas. Uma fundamentação puramente consequencialista não se coaduna, todavia, com a dignidade humana e, não raro, pode dar azo a doutrinas utilitaristas, cujos perigos no campo do Direito já foram devidamente alertados pela filosofia. Assim, como exemplo, veja-se a clássica crítica de H. J. McCloskey contra o utilitarismo:

Suppose that a sheriff were faced with the choice either of framing a Negro for a rape that had aroused hostility to the Negroes (a particular Negro generally being believed to be guilty but whom the sheriff knows not to be guilty)—and thus preventing serious anti-Negro riots which would probably lead to some loss of life and increased hatred of each other by whites and Negroes—or of hunting for the guilty person and thereby allowing the anti-Negro riots to occur, while doing the best he can to combat them. In such a case the sheriff, if he were an extreme utilitarian, would appear to be committed to framing the Negro. (1957, p. 468-469)¹¹

Em terceiro lugar, ela deve *acautelar-se contra o arbítrio do poder punitivo estatal*. Noutras palavras, deve ser capaz de *traçar uma fronteira clara da legitimidade do exercício do poder punitivo*,

¹¹ Tradução livre: “Suponha que um xerife fosse confrontado com a escolha de ou acusar falsamente um negro por um estupro que tinha despertado hostilidade para com os negros (um negro em particular é aceito popularmente como culpado, mas o xerife sabe ser inocente) – e, assim, impedindo graves motins anti-negro que provavelmente levariam a perda de vidas e aumento de ódio recíproco entre brancos e negros – ou buscando a pessoa culpada e assim permitindo que os motins anti-negro ocorrerem, enquanto faz o melhor que pode para combatê-los . Em tal caso, o xerife, se fosse um utilitário extremista, parecia estar empenhado em acusar falsamente o Negro.”

de modo a não permitir que o Estado, por si só ou por suas relações de controle, constitua estados de coisas dignos de uma suposta proteção por meio do Direito Penal.

Dito isto, passa-se agora a análise das teorias explanadas.

Hans Welzel dizia ser a função do Direito Penal a proteção dos valores ético-sociais. Os problemas de o Direito Penal desempenhar tal função são vários, mas se pode, neste momento, concentrar-se em alguns: (a) filosoficamente, é questionável a existência de valores universais e imutáveis, bem como a possibilidade de o homem acessá-los¹²; (b) em segundo lugar, no caso particular de Hans Welzel, tais valores correspondem aos valores da comunidade, o que, transportado para o âmbito do Direito Penal, pode representar a incriminação de condutas simplesmente por sua antissociabilidade e, ainda, esmagar os direitos das minorias, ao punir condutas contrárias à moral dominante¹³; (c) em terceiro lugar, tais valores elementares abrangem o Estado, o que significa que ele, em si é um valor. Isso culmina com a incriminação de condutas que não são lesivas em si, mas tão somente representam um perigo às ordens estatais. Se o Estado serve para proporcionar liberdade e garantir os direitos individuais, não é possível que o ele, por si só, seja um valor digno de proteção; (d) em quarto lugar, um Estado que pretenda garantir a dignidade da pessoa humana não tem o condão de impor a proteção de uma determinada

¹² “... nossos valores mais elevados, aqueles que consideramos como referenciais supremos para nosso pensamento, crença e ação – tais como, por exemplo, Bem e Mal, Verdade e Falsidade, Realidade e Ilusão, Responsabilidade e Acaso, Dever, Obrigação, Culpa, Pecado e Inocência – não correspondem a conceitos cuja significação seja permanente, independente do curso da história e das transformações culturais; eles não tem como correspondentes ‘verdades eternas’ universalmente reconhecidas e professadas por todos.” (NIETZSCHE, Friedrich. *Para a genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001. p. 13-14).

¹³ Talvez o maior exemplo disso seja a criminalização da homossexualidade entre adultos que vigorou na Alemanha até 1969 (§ 175 do *Strafgesetzbuch*, o Código Penal Alemão, abreviado como StGB).

moral ou valores éticos¹⁴; (e) em quinto lugar, é duvidoso que, através do Direito Penal, um instrumento jurídico de grave intervenção, logre-se a promoção e estabilidade de tais valores. Em verdade, um Direito Penal comprometido com a estabilização de certos valores é contrário à liberdade e, até mesmo, à moral que pretende inculcar, pois um ato moral é um ato livre: se a moral passa a ser ditada pela ameaça da pena, então não se trata de um ato livre, pois a conduta tomada não é livremente perseguida¹⁵.

Günther Jakobs, como dito, prega ser a função do Direito Penal a estabilização das expectativas normativas e a proteção da vigência das normas. Contudo, o sistema social não pode se conservar em benefício próprio, e sim exclusivamente em benefício das pessoas que vivem em sociedade. A norma não pode pretender unicamente a obediência por parte dos cidadãos, devendo sempre se dirigir à obtenção de uma ação ou omissão, ou seja, à produção de um determinado estado de coisas. Em um Estado que se quer Democrático de Direito, esse estado de coisas deve ser a convivência pacífica, livre e respeitosa dos direitos humanos dos distintos membros da sociedade.

A objeção central que caberia dirigir a noção de Jakobs se

¹⁴ Para uma análise pormenorizada desta questão, cf. VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. O direito fundamental à liberdade de consciência e a impossibilidade de imposição de valores morais pelo Estado através de normas penais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, v. 12, p. 157-179, 2011.

¹⁵ Em verdade, o Estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é produto de uma escolha livre frente a possibilidade de escolher outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer algo diferente (ZAFFARONI Eugenio Raúl et al. *Direito penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 225). Eliphaz Levi lembra que: “Querer o bem com violência é querer o mal” (LEVI, Eliphaz. *A chave dos grandes mistérios*. Trad. Madelen de Merkoulouff. São Paulo: Três, 2005. p. 164). Agradeço ao Professor Marco Antônio Santos Reis pelo reforço argumentativo quando da *peer review* deste trabalho.

encontra no fato de que, diante de uma determinada norma cuja vigência se protege em uma lei penal, sua proposta dispensa o esforço de uma busca por uma realidade jurídico-penal valorada positivamente que a respalde (SILVA SANCHEZ, 2002, p. 105 et seq.). Além disso, seu modelo facilita a afirmação de que uma determinada conduta pôs em xeque a norma, haja vista que Jakobs admite que “*La vigencia de las normas puede ser menoscabada por el anuncio de su futuro quebrantamiento*” (1997, p. 324)¹⁶. Ou seja, como para Jakobs,

... la vigencia de la norma puede verse dañada no sólo por quebrantamientos de la norma, entendidos en su sentido habitual, sino también por cualquier menoscabo de la confianza de los afectados... (1997, p. 315)¹⁷

É possível que a lei penal puna não só aquelas condutas que efetivamente lesem ou coloquem em perigo os “bem jurídicos” por ela protegidos, como também é possível que a lei “antecipe” a lesão de tais bens.

Por fim, resta analisar-se a teoria da proteção de bens jurídicos. Tal teoria parece viver um momento de euforia na academia penal. Não obstante as duras críticas que setor considerável da doutrina estrangeira tem-lhe feito, ainda é ela que goza de maior aceitação doutrinária.

Tecer todas as críticas que podem ser feitas a teoria do bem jurídico de forma minuciosa em muito superaria os limites deste estudo – em verdade, tal empreitada mereceria obra própria. Assim, não se pretende agora esgotar a matéria, mas sim apontar, de forma resumida, as principais objeções

¹⁶ Tradução livre: “A vigência das normas pode ser prejudicada pelo anúncio de sua futura violação”.

¹⁷ Tradução livre: “...a vigência da norma pode ser danificada não só pelas violações da norma, entendida no seu sentido habitual, mas também por qualquer prejuízo da confiança dos afetados...”.

que podem ser feitas a esta teoria e demonstrar porque ela não possibilita limitar o poder punitivo estatal. Como diz Luís Greco: “Esta solução tem uma série de vantagens, mas, ao mesmo tempo, insuficiências incuráveis” (2010, p. 174).

O primeiro grande problema da capacidade de rendimento da teoria do bem jurídico é que ela, até agora – e há dúvidas se um dia poderá – *não logrou limitar a ação dos legisladores penais*. A prerrogativa do Parlamento (art. 22, I, da CRFB) lhe concede o poder de criar e imaginar bens jurídicos diversos e atribuir-lhes tutela penal. Como diz Jesús-María Silva Sánchez, “... não é possível controlar lei penal alguma sob a perspectiva de uma hipotética vulneração do princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos...” (2002, p. 106).¹⁸

O segundo entrave é que a teoria do bem jurídico possui *forte tendência à objetificação*, no sentido de que o titular do bem, não raro, fica em segundo plano. Assim, quando se diz que o crime de furto serve à proteção do bem jurídico “patrimônio”, é como se o Direito Penal estivesse protegendo o patrimônio por ele mesmo, e não em razão da importância que ele possui para seu possuidor/proprietário, que muitas vezes sequer faz parte da equação.

Pense-se nos casos de apropriação por funcionário público de bem particular de que tem a posse em razão do cargo (peculato, art. 312, *caput*, do CP), onde a doutrina aponta como sujeito passivo o Estado e bem jurídico ofendido a “moralidade administrativa”. Nessa linha de pensamento, excluindo por completo a pessoa do campo de atuação do Direito Penal, protegendo o bem jurídico por si mesmo, veja-

¹⁸ Isto porque, criado certo preceito penal, em geral não custa muito para se definir qual o bem jurídico protegido por ele. A intensa atividade da doutrina espanhola com relação aos mais de quinhentos tipos existentes no Código Penal de 1995 daquele país constitui um exemplo bem claro disso, como alerta o próprio Jesús-María Silva Sánchez (*A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 106).

se o que ensina Magalhães Noronha, primeiramente acerca da objetividade jurídica do crime de peculato e, secundamente, acerca do sujeito passivo de tal delito:

A lei cuida da tutela na administração pública. Tem-se em vista a probidade administrativa, ao mesmo tempo que se protegem o patrimônio público e privado. O interesse prevalente, não obstante, é o da moralidade administrativa [...] Sujeito passivo ou ofendido é o Estado, pois o crime é contra a administração pública. Tal acontece ainda quando o bem apropriado é de particular, já porque o delito não deixa de assim ser classificado, já porque é inegável que o fato ofende aos interesses estatais, referentes ao desenvolvimento normal – eficiente e probó – de sua atividade. (1981, p. 219 e 223)¹⁹

A terceira dificuldade é que, frequentemente, o Direito Penal *não protege bem jurídico algum*. O Direito Penal tem sempre uma atuação *ex post delictum*, ou seja, atua quando o patrimônio já foi subtraído, quando o corpo já foi lesionado, ou quando a vida já foi ceifada. Como diz Welzel, “es allí [na proteção do bem jurídico], precisamente, adonde, por regra general, llega su acción demasiado tarde.” (1956, p. 3)²⁰.

O quarto grande problema decorre justamente de tal atraso: a ânsia por proteger e evitar a lesão de bens jurídicos pode levar – como de fato o tem – a uma *antecipação cada vez maior da intervenção do Direito Penal*. O aumento nos chamados

¹⁹ Apontando o sujeito passivo do crime como o Estado, mas o particular como “sujeito passivo secundário”, cf. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 7 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 992; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral; parte especial*. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 943; DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 7 ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 778.

²⁰ Tradução livre: “é ali, precisamente, onde, via de regra, a sua ação chega tarde demais.”

crimes de perigo abstrato – onde sequer existe lesão e a própria referência a perigo relevante é questionável²¹ – é prova disso. Percebe-se, pois, que não há nenhum critério ínsito à teoria capaz de impor limites a este comando de efetividade. Sob o pretexto de lograr uma proteção mais perfeita e plena, pode-se antecipar a tutela penal até o ponto em que seja conveniente. Isto, por um lado, põe em xeque uma determinação das esferas do proibido e do permitido e, por outro lado, expunge a natureza fragmentária e subsidiária do Direito Penal²². E a isso se liga também um problema existente no nível da teoria da pena: uma função de proteção dirige-se necessariamente ao futuro, na esperança de evitar lesões a bens (prevenção geral negativa) e, como condição de subsistência da própria norma penal como instrumento da busca por máxima efetividade na proteção, ela deve sempre reafirmar o seu poder ou eficácia no cumprimento deste objetivo (função de prevenção geral positiva), o que geraria aumento das sanções sempre que se verificasse, empiricamente, que a pena então existente não atenderia a contento a missão de proteger o bem.

O quinto problema é que a teoria do bem jurídico oferece tão só um argumento consequencialista: incrimina-se ou não uma determinada conduta porque ela não gera lesão a um bem jurídico.

Ao dizermos que não podemos punir um comportamento porque ele não afeta qualquer bem jurídico, estamos

²¹ Sobre o tema, é ponto de partida a leitura do bastante conhecido estudo de GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. Cf., também, a original contribuição feita por REIS, Marco Antônio Santos. Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, 2010, Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1361/1149>>. Acesso em: 28 Abr. 2014.

²² Sobre a importância do princípio da subsidiariedade para o Direito Penal, cf. VIANNA, op. cit., 2013, p. 216-220.

afirmando que a punição desse comportamento é inútil, não nos traz qualquer benefício. A punição não produziria consequências positivas, ou seja, ela seria, segundo a perspectiva consequencialista, incorreta, de modo que não a devemos impor. (GRECO, 2010, p. 175-176)

Este raciocínio, contudo, esconde o *desrespeito moral à autonomia da pessoa humana*. O defensor da teoria do bem jurídico, assim, dirá que práticas homossexuais não são punidas em razão de não gerarem qualquer lesão a um determinado bem jurídico²³; mas, em verdade, esta não punição de práticas homossexuais se deve ao fato de que as pessoas dispõem de um *núcleo privado de autonomia*, o qual não pode sofrer ingerência estatal²⁴, núcleo este que independe de qualquer tergiversação acerca da (in)existência de lesão a bem jurídico.

O decisivo, porém, é aquilo que o argumento não enxerga, seu ponto cego, a saber, que pessoas adultas têm o direito de praticar tais atividades, ainda que isso não nos agrade e que tenhamos de suportar eventuais desvantagens. Noutras palavras: a teoria do bem jurídico, enquanto teoria consequencialista, enxerga apenas as vantagens e desvantagens que podem decorrer de proibições penalmente sancionadas. [...] O homossexualismo não é um delito porque é um direito do homossexual ser como ele é. O mesmo se diga do incesto. Ainda que o reproche social dessa pratica seja ainda mais decidido que o dirigido ao homossexualismo, pessoas adultas têm

²³ Neste sentido é a opinião de Claus Roxin (*Derecho penal*, op. cit., 1997, p. 56-57) e de Santiago Mir Puig (*Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003. p. 135), embora este aluda mais ao fato de que a homossexualidade não abala a subsistência ou o mínimo funcionamento da sociedade.

²⁴ Neste diapasão, combatendo a criminalização de condutas morais não em razão delas não lesionarem qualquer bem jurídico, e sim pela *inconstitucionalidade* de tal criminalização frente ao direito fundamental à liberdade de consciência, cf. VIANNA, op. cit., 2011, p. 157-179.

o direito de praticar relações sexuais com pessoas adultas, de próximo parentesco ou não. (GRECO, 2010, p. 176-178)

Verifica-se, pois, que a função de proteção a bens jurídicos não pode ser desempenhada por um Direito Penal democrático e fundado na dignidade da pessoa humana. Resta, então, procurar-se uma nova função a ser exercida por ele.

4 Premissas políticas e jusfilosóficas para o trato da função do Direito Penal

Antes de iniciar-se a exposição das premissas políticas e jusfilosóficas necessárias ao trato adequado da função do Direito Penal, deve-se alertar o leitor de que tanto tais premissas quanto grande parte das ideias que levarão à função do Direito Penal que se defenderá não são criações solitárias deste autor, e sim do Mestre e Professor Marco Antônio Santos Reis, amigo deste autor e com quem desde há muito ele debate sobre a ciência jurídico-penal²⁵.

As ideias que seguem são frutos da considerável construção intelectual do Professor Marco Antônio Santos Reis e podem ser vistas em sua dissertação de Mestrado (2011, *passim*), bem como em seu artigo (2011a, *passim*), ainda que, neste último, não como assunto principal da questão por ele ali tratada.

Tal construção teórica, após inicial desenvolvimento por parte do Professor, foi debatida com este autor, que fez pequenos apontamentos e observações quanto a ela, por meio

²⁵ Cf. REIS, Marco Antonio Santos. Considerações sobre a doutrina do *dolus generalis* e dos desvios causais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3901, 7 mar. 2014, p. 3, onde o referido Professor agradece ao argumento elaborado por este autor para desenvolvimento de um dos pontos da tese que sustenta em seu artigo.

de extensa troca de mensagens e arquivos eletrônicos, ainda nos idos de 2009. Após esse debate, este autor utilizou tais ideias como base para seu próprio entendimento da questão, com conclusões que chegaram a lugar sensivelmente diverso daquele a que chegou o Professor Marco Reis, ainda que bastante próximas e com o mesmo resultado prático. Grande parte do segue, assim, foi retirada das mensagens e arquivos trocados entre ambos e contaram com expressa autorização por parte do Professor Marco Antônio Santos Reis para agora serem utilizadas.

Pois bem. A função de um Direito Penal deve estar ancorada em certas premissas políticas e jusfilosóficas principais.

Como premissa política, deve-se partir da concepção de um Estado democrático de Direito, o qual deve existir enquanto instrumento para servir aos sujeitos viventes – e não o contrário, como parece querer Günther Jakobs. Um Estado de Direito não pode ter outro fim, senão ordenar a convivência do povo, de modo que cada membro em si possa defender e promover o exercício e utilização mais livre e pleno de suas energias.

O Estado democrático no contexto do Direito Penal, contudo, não pode ser compreendido como uma espécie de carta branca ou prerrogativa ilimitada ao legislador para que este possa introduzir, sob a forma de incriminações, os resultados de uma política de segurança pública. O Estado democrático de Direito, como acentua Juarez Tavares, deve ligar-se à ideia de “... proteção de direitos humanos, como condição de defesa individual perante o Estado despótico” (2003, p. 201).

Disto resulta uma série de implicações, como a proibição de imposição de modos de vida, da tutela penal da moralidade e de um paternalismo radical por parte do Estado. Isto impõe não só uma consideração importante, tal como observa

Juarez Tavares, de prevalência dos direitos individuais face à intervenção jurídico-penal (2003, p. 117 et seq.), como também introduz uma limitação intransponível ao Estado, a qual se identifica com a esfera impenetrável de liberdade ou autonomia do indivíduo.

Como premissa jusfilosófica, toma-se como ponto de partida o reconhecimento de sujeitos conscientes²⁶, autônomos²⁷ e falíveis²⁸, submetidos a um estado inescapável de coexistência²⁹, conforme a fenomenologia de Edmund Husserl (REIS, 2011, p. 180 et seq.). Dois dados, que obedecem a uma ordem léxica, são relevantes nesta premissa.

Em primeiro lugar, o dado fundamental da *existência de*

²⁶ A consciência é compreendida como o fundamento último da liberdade, um dos elementos centrais para a própria ideia de sujeito. A consciência é o centro que permite ao sujeito intuir valores, os quais, vistos como um reino autônomo de possibilidades, são, por meio da intencionalidade essencial à consciência, percebidos pelo sujeito. Uma vez percebidos pelo sujeito, tais valores materializam-se em concreto, no mundo dos fatos, da vida, enquanto possibilidades fáticas de relações que este sujeito estabelece no mundo. Sobre esta noção de consciência, cf. GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de filosofia do direito*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 43 et seq.

²⁷ A autonomia é aqui entendida, grosso modo, como a possibilidade universal (pertence a todos os sujeitos), igual (não constitui um privilégio) e graduável de o sujeito dotado de consciência estabelecer relações no mundo por meio de uma doação de sentidos.

²⁸ Não se trata de teorizar a respeito da natureza boa ou má dos homens, mas tão só de reconhecer que todos, em maior ou menor grau, podem fazer uso falível da liberdade, entendendo-se uso falível como desrespeito às esferas de liberdade alheias.

²⁹ Por estado inescapável de coexistência, reconhece-se que o sujeito é sempre um ser-com (*Mit-sein*). Isto implica o reconhecimento constante e inescapável do outro e do mundo ou meio que cerca esses sujeitos. Também neste sentido, embora se utilizando da expressão “obrigatoriedade da coexistência”, cf. GUIMARÃES, op. cit., 2007, p. 58. Tal autor, contudo, entende que essa obrigatoriedade de coexistência é fundamento do poder-dever de punir. Entende-se, aqui, que tal estado funda a necessidade da declaração dos limites do exercício da liberdade (o que é a tarefa primária do direito criminal, como se demonstrará, mas não o poder-dever de punir, *per se*).

sujeitos conscientes e dotados de autonomia afirma a necessidade de se preservar uma *esfera imponderável de liberdade individual*, ou seja, uma barreira ou limite intransponível ao Estado (REIS, 2011, p. 184-187). Esta esfera constitui um imperativo de respeito e sua violação, por parte do Estado ou por particulares, *nega a noção de sujeito* (razão última da própria existência do Direito), incorporando uma instrumentalização ou “coisificação” deste. Como lembra Luís Greco:

Em certas esferas, ainda que bem reduzidas, o cidadão é soberano absoluto. Principalmente no que diz respeito a questões referentes a chamada “boa vida”, qualquer intervenção estatal significará um desrespeito a essa autonomia, a, entendida aqui grosseiramente como o direito de viver segundo seu próprio plano de vida e sua própria ideia de uma “boa vida” [...] Respeitar a autonomia do indivíduo significa reconhecer-lhe uma esfera dentro de cujos limites só ele pode tomar decisões. (2010, p. 178-179).

Marco Reis, ao buscar os fundamentos de “valor” e “dignidade da pessoa humana” na filosofia de Max Scheler e concatená-los ao fundamento fenomenológico de “autonomia” em Edmund Husserl, assim define seu conceito de autonomia, conceito mais pertinente para os fins ora propostos:

19. A noção de pessoa e de valor absoluto e positivo da pessoa foi buscada na filosofia de Scheler. Esta postura se coaduna com a ideia personalista do Direito, isto é: a de que o Direito existe para servir à pessoa, enquanto unidade, o que constitui freio decisivo às posturas coletivistas.

20. A partir da absolutidade do valor intrínseco da pessoa humana uma série de corolários foi proposta:

21. Se a Pessoa consiste em uma unidade essencial e concreta de execução de atos de diversas essências, isto

significa que a Pessoa é algo dinâmico (pois, embora não se confunda com o ato, ela se manifesta por meio deste); aberto (pois age por meio da consciência intencional, voltada sempre para alguma coisa, evidenciando o seu transcender); concreto, e não abstrato (pois é unidade de execução de atos no mundo da vida).

22. Se a nota da pessoalidade consubstancia um poder-fazer como fato fenomenal por meio do corpo, isto significa que a autonomia, tal como visto, é a aptidão, pertencente à pessoa enquanto potência constitutiva (doadora de sentidos), para a(c)tualizar possibilidades de vivências no mundo da vida. Integra esta potência constitutiva poder-fazer (*Tunkömmens*) como fato fenomenal mediante o corpo. (REIS, 2011, p. 227, grifos do original).

Um esclarecimento aqui se faz necessário. De fato, Luís Greco, antes de Marco Reis, inseriu a importante ideia de autonomia na temática da limitação penal. Não obstante tal fato e a citação de Luís Greco trazida à baila, é de fundamental importância alertar que, embora existam concordâncias pontuais, o fundamento de autonomia (e da esfera imponderável de autonomia) advogado por Marco Antônio Santos Reis é a consciência intencional, doadora de sentidos, encontrada em Edmund Husserl (2011, p. 185-187) – ou seja, de cunho fenomenológico – diverso, portanto, daquele exposto por Luís Greco, o qual – ao menos até onde o levantamento bibliográfico feito pelo autor deste artigo pôde chegar – não possui tal cunho. A noção de autonomia, para Marco Reis, é amplamente debatida e explicada em sua dissertação de Mestrado (2011, p. 180-189), e é definida, resumidamente, nos seguintes termos:

Autonomia, para os fins aqui propostos, significa a aptidão, pertencente ao sujeito enquanto potência intencional constitutiva (doadora de sentidos), para actualizar um conjunto de possibilidades de vivências no mundo da

vida. Potência [...] é tudo aquilo que já pertence ao sujeito, mas existe de modo potencial, isto é, dependente da existência de uma predisponência. A aptidão como potência intencional constitutiva é, justamente, a doação de sentidos (Sinngabung). Ela pertence ao sujeito (ao Ego) como estrutura de constituição na qual se revela o ato doador de sentido. Esta potência constitutiva não é outra coisa senão o que ativa a apropriação do objeto pelo sujeito, atividade pela qual a possibilidade de uma vivência se torna efetivamente vivência (actualiza-se), e é dada para o sujeito com um sentido. (2011, p. 185-187).

Já quanto a noção de esfera imponderável de autonomia, o autor defende que ela, junto ao subcritério da responsabilidade interrelacional, deve lidar com três critérios:

a) o grau de imediatidade entre a conduta e as consequências lesivas ou arriscadas desta conduta para bens jurídicos alheios; b) o grau de comprometimento que a conduta pode gerar para os bens jurídicos de terceiros; c) o grau de imprescindibilidade do bem jurídico protegido de terceiros e d) o limite da relevância do consentimento. (2010, p. 23, grifos do original).

Trata-se de fundamentos e critérios que Luís Greco não adota em nenhum momento de sua defesa do conceito de autonomia realizada no artigo citado. Além do mais, Greco também não faz referência ao estado inescapável de coexistência entre sujeitos dotados de consciência ou mesmo à consciência intencional, doadora de sentidos, ambas peças fundamentais à teoria criada e defendida por Marco Antônio Santos Reis. Como se vê, o pensamento de Marco Reis, ora defendido também por este autor, neste particular, baseia-se na consciência intencional husserliana, a qual difere substancialmente do conceito de autonomia utilizado por Luís Greco, fundado tão somente – ao menos no artigo citado – na

“dignidade da pessoa humana” e no critério de “boa vida”, sem embargo, repita-se, de eventuais concordâncias em certos aspectos.

Em segundo lugar, o *estado inescapável a que estão submetidos tais sujeitos* sugere a *possibilidade de conflitos decorrentes do uso falível da liberdade* (REIS, 2011, p. 187-189). E é tão somente no caso de um *conflito real do exercício dessas liberdades coexistentes* que surge a necessidade do aparecimento concreto da norma penal. Desta forma, a aplicação concreta da norma criminal não se justifica de modo apriorístico, mas tão só na medida em que os referidos choques ou conflitos se apresentem no mundo (REIS, 2011, p. 190-192).

E isto repercute no papel que incumbe ao Direito Criminal. Destarte, em primeiro lugar, compete ao direito criminal apenas a *declaração dos limites jurídicos não ofensivos do uso ou exercício das liberdades coexistentes*. Não pode ele, nesta etapa, pretender ultrapassar isto, pois o que existe como dado fundamental é a *liberdade dos indivíduos*, e tão só a possibilidade de choques. Em segundo lugar, em caso de efetivo conflito, justifica-se a função do Direito Criminal de *declarar a existência concreta de um desrespeito ao(s) sujeito(s)* (REIS, 190-192).

Desta forma, tem-se que: (a) a norma jurídico-penal só pode pretender reger conflitos potenciais situados a partir da esfera imponderável de liberdade ou autonomia, que é seu limite intransponível; (b) a submissão de sujeitos falíveis a um estado inescapável de coexistência sugere a possibilidade de conflitos, para os quais o direito criminal não exerce uma função de proteção, mas tão somente uma função declarativa dos limites do uso da liberdade e, no caso de efetivo conflito, a declaração da existência de um desrespeito (REIS, 2011, 190-192).

5 A função declarativa do Direito Penal e a noção de bem jurídico de Marco Antônio Santos Reis

Com base em tais premissas, Marco Antônio Santos Reis defende que o *fundamento do Direito Criminal* repousa no reconhecimento de sujeitos falíveis dotados de consciência e autonomia e submetidos a um estado inescapável de coexistência. Pois, em primeiro lugar, a norma criminal materializa um determinado valor, apreendido intencionalmente pela consciência (ou um conjunto de consciências). Esta apreensão e percepção de valores levada a cabo por um centro consciente de um sujeito é o que funda a liberdade, entendida como a condição necessária para a realização de todos os demais valores. Este primeiro aspecto é o fundamento último do Direito Criminal. Violar, portanto, uma esfera mínima na qual os sujeitos dotados de consciência exercem sua autonomia, é torná-los objetos, negar-lhes a condição de sujeitos e, por via de consequência, abandonar a própria ideia de Direito. Eis o fundamento primário da norma jurídico-criminal: o reconhecimento de sujeitos conscientes e livres. O fundamento secundário refere-se ao estado inescapável a que tais sujeitos falíveis estão submetidos. Deste estado surge a possibilidade de conflitos entre as esferas de liberdade dos respectivos sujeitos. Logo, surge também a necessidade de um regramento ou de declaração dos limites do uso dessas liberdades coexistentes (REIS, 2011, p. 195-196).

A *finalidade do Direito Criminal*, advoga o autor, não é outra coisa, senão a de *declarar, primeiramente, os limites do exercício dessas liberdades coexistentes e, em caso de conflito, declarar a existência de um desrespeito e atribuir a responsabilidade cabível a quem agiu sem violação à liberdade alheia* (REIS, 2011, p. 195-196).

Compreendidas essas linhas, a noção de objeto do delito

está quase perfeita. O objeto do delito é justamente a *diminuição ou lesão empiricamente constatável das relações intencionais estabelecida por um sujeito*.

Consoante se defende também nesta sede, o bem jurídico não é um objeto, mas a possibilidade empiricamente vulnerável e reconhecida pelo direito de um sujeito, submetido a um estado inescapável de coexistência, estabelecer uma relação respeitosa no mundo, isto é, com os objetos a este inerente. (REIS, 2010, p. 24).

Este conceito foi posteriormente refinado pelo autor:

13. Baseado nessas ponderações, o estudo conceituou bem jurídico da seguinte forma: bem jurídico é a possibilidade de o sujeito atualizar vivências no mundo da vida por meio do exercício de sua autonomia, sob a forma esquemática de uma relação intencional que aquele (sujeito) estabelece com um objeto ou ente que lhe é de valor.

14. Além disto, a noção de lesão ao bem jurídico está vinculada à ideia do ser-com, tomando por base a referida relação intencional. Com isto, quer-se preservar o princípio da lesividade, o qual encerra um referir-se ao outro enquanto conflito real. Noutras palavras: a privação da possibilidade de outro sujeito atualizar uma vivência no mundo. (REIS, 2011, p. 226)

A liberdade, como fator pertencente aos sujeitos, como potência passiva, é evidente: ela possui a capacidade para ser determinada, isto é, de sofrer determinações. Neste sentido, o *bem jurídico* nada mais é do que uma *manifestação* que se reporta ao *valor-base da liberdade*. A afetação do bem jurídico na condição de uma lesão ou de um perigo concreto não deixa de ser uma privação da liberdade, e, portanto, uma privação de uma condição indispensável à pessoa humana. O *desvalor* indica

que uma *conduta torna a liberdade menos perfeita; torna menos perfeita a possibilidade de a pessoa atualizar uma relação com um determinado bem ou objeto que lhe é de valor* (REIS, 2011a, p.58).

Assim, resumidamente, pode-se dizer que, para Marco Reis:

... ao direito penal, de início, cabe tão-somente a declaração dos limites do exercício da liberdade, por meio da autonomia, de modo que à norma compete tão-só a delimitação dessas esferas. Uma vez configurado o choque de esferas, com a superveniência da figura do crime (respeitados seus pressupostos), cabe ao direito penal a atribuição de responsabilidades, que não se confunde com a retribuição [...] Se (a) cabe ao direito penal uma função regulatória consistente na perfectibilização da liberdade por meio da declaração das esferas do proibido e do permitido e (b) a atribuição de responsabilidades em virtude do desrespeito à pessoa humana (observando-se os requisitos da lesividade e da intervenção mínima), então: (c) para realizar o valor da pessoa humana e de todas as pessoas, o direito não pode também atuar com desrespeito a essas pessoas. (2011, p. 226-229)

6 O crime como lesão da possibilidade de livre disposição de uma relação

Postas estas considerações, tomando como ponto de partida a teoria criada e desenvolvida por Marco Antônio Santo Reis – embora chegando a *locus* (apenas) razoavelmente diferente –, entendo que o *crime* deve ser compreendido como *a lesão qualificada, voluntária e consciente à possibilidade de livre disposição de uma relação universal, pessoal-intransitiva e direta entre um sujeito (pessoa humana) e as condições substanciais individuais de sua existência*. Uma vez enunciado de modo geral

e abstrato, necessário decompor o conceito a fim de lograr sua melhor compreensão.

Lesão qualificada é todo ataque considerado mais grave e que, em última análise, com base no princípio da subsidiariedade, difere o ilícito penal do civil. De modo mais específico, lesão qualificada é *toda violação que se dá diretamente por violência, ameaça ou meios sub-reptícios*. Deve ser ainda *voluntária*, no sentido de significar o *mínimo esforço autodeterminado em relação a uma atividade*, por mais que não seja intencional, bem como *consciente* do que representa ou pode representar sua *atividade enquanto dirigida à possibilidade de livre disposição de uma relação alheia*.

O objeto desta lesão é a chamada *possibilidade de livre disposição de uma relação*. Por enquanto, para-se por aqui e, depois, se especificará as qualidades dessa relação.

O termo *possibilidade* aqui é utilizado sob a perspectiva de *agir ou de sofrer uma determinada ação*. A pessoa humana é livre para estabelecer uma série de relações com o mundo. Tais relações, desde o momento em que a pessoa existe até o momento em que cessa a sua existência, existem em maior ou menor número de modo potencial. Se *A* dispõe de cem mil reais, ele pode escolher guardar esta quantia, investi-la, doá-la, gastá-la parcial ou totalmente etc. Noutras palavras, existem *várias possibilidades de livre disposição de uma relação* entre *A* e a quantia em dinheiro. Se *B* subtrai esta quantia de *A*, *B* *lesiona tais possibilidades de disposição de uma relação* entre *A* e a quantia subtraída, já que agora *A* não mais terá a quantia a sua disposição (ou seja, *B* retirou de *A* uma *possibilidade* de dispor do bem).

Sem pretender adentrar o infindável debate filosófico acerca da liberdade, para os fins ora propostos, deve ela compreender a *liberdade de agir ou de dispor de determinada relação*, como um *universo de possibilidades mais ou menos*

condicionadas ou influenciadas por fatores externos. Tais possibilidades, sob circunstâncias de não coerção, são sempre escolhidas voluntariamente. Assim, mantendo o exemplo de *A* e sua quantia monetária, a noção de *liberdade* ora defendida significa que *A* deve poder escolher, sem coerção exercida por terceiros, o destino que dará a seu bem. Se *B* constrange *A* – seja por meio de violência, grave ameaça ou outro meio subreptício – a dar certa destinação aos cem mil reais, *B* lesiona a *liberdade de disposição* de *A*.

Relações, a seu turno, são *entes cujo ser é diferente do ser dos objetos físicos, das mentes e do ser dos dados dos sentidos.* É próprio do ser da relação *comportar-se de algum modo para com algo.* No sentido que importa para este artigo, o *crime* sempre importa na *lesão de uma relação que a vítima estabelece com determinadas condições substanciais-individuais de sua existência*³⁰. O autor do crime interfere na relação descrita, violando-a³¹. Mas que tipo de relação é essa?

O primeiro atributo desta relação é o fato dela ser universal³². O que se quer dizer com isso? A filosofia costuma distinguir a totalidade dos entes ou objetos em duas categorias: os universais e os particulares³³.

³⁰ No exemplo dado, a relação que *A* estabelece com seu patrimônio (cem mil reais).

³¹ Seja retirando a *possibilidade de disposição* de tal relação (como no caso do furto da quantia), seja diminuindo ou retirando a *liberdade* de tal disposição (como no caso de constrangimento ilegal para que a quantia seja aplicada de forma não querida livremente por *A*).

³² O leitor poderá intuir uma contradição no raciocínio, pois, anteriormente, afirmou-se ser um problema na teoria de Hans Welzel a crença em valores universais, enquanto agora se diz que a relação deve ser *universal*. Contudo, o sentido da palavra *universal é diferente* nos dois casos. Criticou-se Welzel por acreditar em *valores universais*, i.e., valores acolhidos de forma igual pelas pessoas e sociedades do globo. Sobre o tema dos valores universais, cf. HARRIS, Sam. *the moral landscape: how science can determine humans values*. New York: Free Press, 2010. A noção de *relação universal*, por outro lado, é de natureza diversa e não guarda qualquer relação com a aceitação geral do conceito.

³³ Cf. RUSSELL, Bertrand. *The problems of philosophy*. Los Angeles: Indo-European Publishing, 2010. p. 66 et seq.

Enquanto os universais são objetos em essência repetíveis, exemplificáveis, ou predicáveis de algo, os particulares são objetos essencialmente não repetíveis, não exemplificáveis, ou não predicáveis de qualquer coisa. Os particulares são os objetos (concretos) como seres humanos, animais, plantas e corpos inanimados. O mais importante é que os particulares ocupam uma única região no espaço em um tempo determinado, e por isso eles não podem ser repetíveis. Já os universais são concebidos como entidades repetíveis, ou seja, são atemporais. Isto significa que em qualquer tempo dado, um e o mesmo universal pode ser exemplificado por diferentes particulares, dispersos espacialmente.

Um exemplo tornará tudo mais claro: objetos considerados abstratos, também denominados qualidades, propriedades ou atributos, como a brancura, a vermelhidão e a sabedoria são típicos exemplos de universais; por outro lado, objetos concretos como a folha branca de papel destinada a imprimir este texto, uma camisa vermelha e o sábio filósofo grego Aristóteles são típicos exemplos de particulares. Vê-se, assim, que uma folha não pode ocupar mais de uma região no espaço ao mesmo tempo, sendo, pois, um particular. Já a brancura pode estar presente em várias folhas de papel ao mesmo tempo, de forma que é um universal.

Os universais, então, contrastam com os particulares. Em outro exemplo, veja-se que existem muitas vacas particulares, mas há também um universal — “vaca” — que não é nenhuma vaca particular.

Mas o que é “vaca”? É uma espécie de conceito ou ideia que existe independentemente de qualquer vaca particular. Há uma natureza ou essência comum que todas as vacas particulares partilham: todas as vacas, de uma maneira ou de outra, partilham desta “forma de vaca” que são vacas individuais. Entretanto, enquanto as vacas particulares podem ser transformadas em bifes a qualquer momento, a forma pura

de “vaca” é eterna e indestrutível. Mesmo que todas as vacas do mundo desaparecessem, a forma de vaca continuaria a existir como uma espécie de ideia pura (como ainda hoje existem a ideia “dinossauro”, por exemplo).

Os universais são comumente descritos como contrapartes extralinguísticas ou os valores semânticos de atributos (os valores semânticos dos sujeitos de sentenças como “a inteligência é uma virtude”), propriedades (os valores semânticos dos predicados monádicos em sentenças simples como “Carlos é inteligente”) e de *relações*, cujos valores semânticos dos predicados podem ser diádicos (“Cameron ama John”), triádicos (“O Rio de Janeiro está entre o Espírito Santo e São Paulo”) e etc.³⁴

Agora se tem uma melhor condição de esclarecer o que se deseja dizer por *relação universal*. A *relação entre o sujeito* (no caso a vítima) e o conjunto de condições mencionado é *universal*, no sentido de que tais condições (que podem consistir num atributo, numa propriedade ou numa relação) são *objetos completamente autossustentados*, cuja natureza e existência são *independentes da circunstância de serem exemplificáveis por particulares*. Retornando ao exemplo dado, se *A* é dono de cem mil reais, existe uma *relação diádica*, do tipo “A possui patrimônio”. Aqui, a variável ocupada por “patrimônio” consiste em um *universal*. Quando se diz, porém, que “A possui cem mil reais”, a variável “cem mil reais” é um particular. Isto quer dizer, como alertado, que um universal pode estar dentro de uma relação partilhada por muitos particulares (no exemplo dado, o patrimônio de *A* pode ser formado não só pelos cem mil reais, como também por imóveis, veículos etc.), mas que necessariamente deve ser exemplificável e estabelecer uma predicação de algo existente na realidade.

³⁴ A relação evidenciada em “Cameron ama John” é *diádica*, pois exige a existência de *dois* entes. Já a frase “O Rio de Janeiro está entre o Espírito Santo e São Paulo” é *triádica*, pois a relação que exprime o termo “entre”, necessita de três entes para que faça sentido.

De plano, é possível perceber que o *Estado não integra tal relação como variável*, uma vez que *só pode ter existência universal*, abstrata. O Estado é uma ficção e, portanto, não existe na realidade. Logo, sem existir na realidade, não pode estabelecer qualquer tipo de relação com algo, não se ligando a nenhum particular.

Tal relação também é pessoal-intransitiva. É pessoal no sentido de que *toda a relação estabelecida entre um sujeito e as condições substanciais e individuais de sua existência ou dizem respeito a ele mesmo ou se dirigem a outras pessoas de modo direto ou indireto*. E é intransitiva³⁵, pois esta cadeia de relações é *sempre pessoal e direta*, ou seja, *uma relação estabelecida por um sujeito só pode atingir a outro sujeito* (enquanto pessoa humana), e não ao Estado em si.

Por fim, cumpre um esclarecimento acerca do que se pretende dizer por *condições substanciais e individuais de existência*. Em linhas gerais, são as *condições individuais necessárias e suficientes para que uma pessoa possa subsistir em uma sociedade livre: a existência e manutenção de vida e a liberdade para estabelecer relações multifárias com o mundo*, de modo a não violar a *possibilidade de livre disposição dessas relações por parte de outrem*. Todas as variáveis que ocupam uma posição na relação estabelecida devem poder ser redirecionadas e extraídas das condições descritas.

Qual o limite da proibição, isto é, aquela esfera na qual a intervenção estatal não pode penetrar? Este *limite* é a *noção de esfera imponderável de autonomia*: o conjunto universal, igual e graduável de possibilidades de realização de valor do sujeito no âmbito privado.

A título ilustrativo, observe-se que o sujeito *A*, ao cometer

³⁵ Uma relação é intransitiva, em termos lógicos, quando a sua transmissão em cadeia é bloqueada. Por exemplo, a relação de paternidade é intransitiva, pois se *A* é pai de *B* e *B* é pai de *C*, então *A* não pode ser pai de *C*.

homicídio, *retira a possibilidade primeira e fundamental de um sujeito B, vítima, estabelecer qualquer tipo de relação no mundo.* Se este mesmo sujeito A subtrai um determinado patrimônio de C, *lesiona a possibilidade de C estabelecer uma relação de disponibilidade com um determinado objeto que se situa nos limites fático-lógicos do mundo.* Em outra hipótese, se A comete estupro contra D, *retira deste a possibilidade de estabelecer uma livre relação de disponibilidade, no sentido de uma orientação sexual, com o próprio corpo.*

Percebe-se, pois, que a relação protegida no crime de falso testemunho não seria a moralidade da administração pública ou a confiança da sociedade nesta, como quer a doutrina tradicional³⁶, mas a *possibilidade de a parte contrária participar de um processo judicial justo e transparente.* O falso testemunho, ao subverter o conjunto probatório, diminui a possibilidade de o sujeito estabelecer uma relação postulatória justa. A relação protegida pelo peculato, do mesmo modo, não é moralidade da administração da justiça, mas a *possibilidade de livre disposição, do bem apropriado ou subtraído, pelo particular.* O sujeito ativo do peculato, ao se apropriar ou subtrair do bem do particular, retira deste a possibilidade de estabelecer qualquer tipo de relação com a coisa.

Uma vez aceita tal construção, a criminalização de condutas passa a ter um caráter não consequencialista – como no caso da proteção a bens jurídicos³⁷ –, mas deontológico,

³⁶ Cf. NUCCI, op. cit., 2007, p. 1.010; COSTA JÚNIOR, op. cit., 2002, p. 1.095; DELMANTO, op. cit., 2007, p. 872; NORONHA, op. cit., 1981, p. 378.

³⁷ Mister deixar claro que, entendido o termo “bem jurídico” nos moldes propostos por Marco Antônio Santos Reis, tal caráter consequencialista também deixa de existir, conforme demonstrado. Quando o texto, doravante, se referir a “bem jurídico”, fá-lo-á no sentido que o empresta a doutrina tradicional, elencada no tópico 2.3 deste estudo, salvo expressa referência em contrário.

pois o motivo pelo qual se proíbe um dado comportamento é alterado: uma conduta é considerada crime porque, *per se*, é um desrespeito a uma relação, em termos jurídico-penais. Ela não é lesiva porque gera consequências ruins, imediatas ou não, mas porque, por si só, constitui um desrespeito.

Diante disso, defendo que o Direito Penal possui a *função de declarar os limites do exercício das diversas liberdades coexistentes e, em caso de conflito, atribuir a alguém a responsabilidade por uma lesão qualificada, voluntária e consciente à possibilidade de livre disposição de uma relação universal* (que seja abstratamente autossustentada e independente, mas que necessariamente seja exemplificável, ou predicável na realidade) e *pessoal-intransitiva* (que se dirija a uma pessoa humana de modo direto) *entre um sujeito e suas condições substanciais e individuais de existência*.

Tal proposta parece significar, dentro de um Direito Penal democrático e fundado na dignidade da pessoa humana, um ganho.

Em primeiro lugar, impõe limites bem menos vagos ao legislador que as diversas teorias mencionadas. De fato, a função de proteção ao bem jurídico padece de “anemia significativa”, ou seja, é uma expressão vaga, que não possui significado preciso. Boa demonstração disso é que o BVerfG, ao declarar a constitucionalidade do crime de incesto (§ 173 do StGB), em 2008, afirmou categoricamente que da teoria do bem jurídico não se pode deduzir qualquer critério constitucional de limitação do legislador (GRECO, 2010, p. 167), já que ela não fornece qualquer parâmetro substancial que tenha necessariamente de ser acolhido pelo direito constitucional, principalmente em razão de que sobre o conceito de bem jurídico não há ainda qualquer consenso (GRECO, 2010, p. 169). Também demonstra a inexistência de limites impostos ao legislador o fato de que, mesmo os defensores da teoria da proteção ao bem jurídico admitirem a possibilidade de criminalização que

não protejam bem jurídico algum³⁸. Ora, afirmar que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos e, ao mesmo tempo, admitir a possibilidade de criminalização que não ofendam bem jurídico algum é demonstração cabal de que não se pode esperar de tal função qualquer limite intransponível sólido à atividade do legislador³⁹.

Em segundo lugar, preserva um âmbito inatacável de autonomia individual da pessoa humana, critério que, ao mesmo tempo, não depende de dados empíricos para legitimar a criminalização de uma conduta e não é consequentialista, como a teoria da proteção a bens jurídicos.

Em terceiro lugar, impede incriminações que tenham como objeto algum interesse puramente estatal e que não guarde uma relação direta com a pessoa, tais como a resistência, o desacato e a desobediência.

Em quarto lugar, não impõe como meta a preservação de valores morais, senão, em última análise, elege como condições imprescindíveis aquelas relativas à existência e manutenção da vida e do exercício da liberdade individual em suas várias manifestações, desde que não haja violação a condições

³⁸ Seria o caso, p.ex., da incriminação dos maus-tratos a animais (art. 32 da Lei n.º. 9.605/1998). Cf., sobre o tema, os conhecidos trabalhos de GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 89 et seq., com bibliografia acerca do tema na nota 65, p. 90; Idem, breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 160 et seq.

³⁹ O próprio Luís Greco reconhece tal mácula e hoje não mais advoga a teoria da proteção a bens jurídicos nos moldes por ele defendidos nos trabalhos mencionados. Como ele afirma: "... acabei mudando consideravelmente minha maneira de enxergar os temas aqui discutidos, porque desde o meu estudo sobre o incesto [...] e da minha tese de doutorado [...] deixei de acreditar em boa parte do potencial liberalizante da ideia de bem jurídico e passei a preferir fazer uso de noções como privacidade e autonomia." (GRECO, op. cit., 2011, p. viii).

alheias. Logo, não se trata de um ideário eticizante, mas de uma proposta que entrega nas mãos das pessoas a liberdade para agir dentro de certos limites e, por via de consequência, a responsabilidade pelos fatos praticados.

Em quinto lugar, trabalha com categorias mais claras e lógicas do que a teoria do bem jurídico-penal, sob as quais, repita-se, existe pouco ou nenhum consenso.

7 Conclusão

Ao longo da história, muitos pensadores atribuíram diversas funções ao Direito Penal. Não obstante, nenhuma delas foi capaz de demarcar os limites entre a liberdade individual e a intervenção jurídico-penal do Estado de forma precisa.

A teoria de proteção ao bem jurídico, largamente difundida na doutrina jurídico-penal, não pode ser aceita por um Direito Penal que se quer democrático e fundado na dignidade da pessoa humana, eis que é consequencialista e tende à instrumentalização do ser humano e de suas relações.

O fundamento do Direito Criminal repousa no reconhecimento de sujeitos falíveis dotados de consciência e autonomia e submetidos a um estado inescapável de coexistência. Nesta perspectiva, o crime passa a ser compreendido como a lesão qualificada, voluntária e consciente à possibilidade de livre disposição de uma relação universal, pessoal-intransitiva e direta entre um sujeito e as condições substanciais individuais de sua existência. Então, a finalidade do Direito Criminal não pode ser outra, senão a de declarar, primeiramente, os limites do exercício das diversas liberdades coexistentes (declaração das esferas do proibido e do permitido) e, em caso de conflito, atribuir a alguém a responsabilidade por uma lesão qualificada, voluntária e consciente à possibilidade de livre disposição de

uma relação universal (que seja abstratamente autossubsistente e independente, mas que necessariamente seja exemplificável, ou predicável na realidade) e pessoal-intransitiva (que se dirija a uma pessoa humana de modo direto) entre um sujeito e suas condições substanciais e individuais de existência.

What is the Function of Criminal Law? Crime as injury to the possibility of free disposal of a relationship

Abstract: This paper discusses the role that should be assigned to the Criminal Law. Along this line, it problematizes the subject with the following question: the functions normally assigned to the Criminal Law by the doctrine are sufficient to demarcate the boundaries between individual liberty and criminal legal intervention by the State? After conducting a preliminary analysis of the functions traditionally assigned by the doctrine to Criminal Law, the paper introduces a discussion on the topic, pointing out the need to understand the Criminal Law as a way to firstly, declaring the limits of the exercise of several coexisting freedoms and, in case of conflict, declaring the existence of a breach of those freedoms and assign appropriate responsibility to those who acted in violation of the freedom of others. In addition, the article includes a theoretical doctrine founded on the most modern criminal law, follows the guidelines of the deductive method and uses the literature search as data collection technique.

Keywords: Function. Criminal law. Crime. Legal good. Free disposal of a relationship.

Referências

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 7. ed.

atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 7. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia. *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 150-181.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan. 2010.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. *Cinco lições de filosofia do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HARRIS, Sam. *The moral landscape: how science can determine humans values*. New York: Free Press, 2010.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 2003.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Civitas, 1996.

LEVI, Eliphaz. *A chave dos grandes mistérios*. Trad. Madelen de

Merkouloff. São Paulo: Três, 2005.

MCCLOSKEY, H. J. An examination of restricted utilitarianism. *The Philosophical Review*, Durham, v. 66, n. 4, p. 466-485, oct. 1957.

NIETZSCHE, Friedrich. *Para a genealogia da moral*. São Paulo: Scipione, 2001.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. v. 2. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito penal*. v. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral; parte especial*. 3. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUIG, Santiago Mir. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

_____. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003.

REIS, Marco Antônio Santos. *A teoria de proteção a bens jurídicos e o direito penal: uma aproximação fenomenológica à luz do valor da pessoa humana*. 2011. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

_____. Considerações sobre a doutrina do *dolus generalis* e dos desvios causais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3901, 7 mar. 2014.

_____. O injusto penal e os elementos subjetivos de justificação. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 17/18, p. 47-77, 2011a.

_____. Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1361/1149>>. Acesso em: 28 Abr. 2014.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general: fundamentos. la estructura de la teoria del delito*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Dias y Garcia Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUSSELL, Bertrand. *The problems of philosophy*. Los Angeles: Indo-European Publishing, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIANNA, Felipe Augusto Fonseca. O direito fundamental à liberdade de consciência e a impossibilidade de imposição de valores morais pelo estado através de normas penais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, v. 12, p. 157-179, 2011.

_____. “Princípio da irrelevância penal do fato”, princípio da insignificância e crimes bagatelares: distinção necessária ou criação inoportuna?. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 14, p. 214-259, 2013.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.